

LA PROMESSE DE PORTE-FORT ET LES CONTRATS POUR AUTRUI

La justice et la vérité sont deux pointes si subtiles que nos instruments sont trop mousses pour y toucher exactement. S'ils y arrivent, ils en écachent la pointe, et appuient tout autour, plus sur le faux que sur le vrai.

PASCAL (*Pensées*).

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Soutenue publiquement
dans la salle des Actes de la Faculté de Droit
le lundi 20 mars 1933, à 3 heures de l'après-midi*

PAR

Jean BOULANGER

JURY D'EXAMEN :

Président : M. B. PERREAU, professeur

*Assesseurs : { M. GOMBEAUX, professeur
 { M. LEMONNIER, professeur*

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ
11, RUE SOUFFLOT, 11

—
1933

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

LA PROMESSE DE PORTE-FORT ET LES CONTRATS POUR AUTRUI

La justice et la vérité sont deux pointes si subtiles que nos instruments sont trop mousses pour y toucher exactement. S'ils y arrivent, ils en écachent la pointe, et ap-
puient tout autour, plus sur le faux que sur le vrai.

PASCAL (*Pensées*).

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Soutenue publiquement
dans la salle des Actes de la Faculté de Droit
le lundi 20 mars 1933, à 3 heures de l'après-midi*

PAR

Jean BOULANGER

JURY D'EXAMEN :

Président : M. B. PERREAU, professeur

*Assesseurs : { M. GOMBEAUX, professeur
 { M. LEMONNIER, professeur*

PARIS

LIBRAIRIE DALLOZ

11, RUE SOUFFLOT, 11

—
1933

UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTÉ DE DROIT

Année scolaire 1932-1933

Doyen :

M. HENRY NÉZARD (*, I. ☉).

Doyen honoraire :

M. EUSTACHE PILON (*, I. ☉).

Assesseur du Doyen :

M. GOMBEAUX (I. ☉).

Professeurs honoraires :

MM. CABOUAT (O. *, I. ☉).

DEGOIS (I. ☉).

Professeurs :

MM. NÉZARD (*, I. ☉), professeur de Droit administratif, chargé du cours de Législation minière.

GOMBEAUX (I. ☉), professeur de Droit civil, chargé du cours de Droit international privé.

BRIDREY (I. ☉), professeur de Droit romain, chargé du cours d'Histoire du Droit public.

LÉPARGNEUR (I. ☉), professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit maritime et du cours de Notariat et Enregistrement.

NOYELLE (A. ☉), professeur d'Économie politique.

LEMONNIER (A. ☉), professeur de Droit civil, chargé du cours de Législation industrielle.

PERREAU (A. ☉), professeur de Droit criminel, chargé du cours de Droit civil approfondi et comparé.

DEMONTÈS (A. ☉), professeur de Droit civil.

LAMPUE, professeur de Droit international public et de Droit constitutionnel, chargé du cours de Droit administratif.

YVER, professeur d'Histoire du Droit français et d'Histoire du Droit privé.

LEDUC, agrégé, chargé d'un cours d'Économie politique, du cours d'Histoire des Doctrines économiques et du cours de Législation financière.

BESNIER, agrégé, chargé d'un cours de Droit romain et du cours d'Histoire de la Coutume de Normandie.

Mlle JACK, chargée du cours de Procédure civile et du cours de Voies d'exécution.

Secrétaire :

M. ROUX (I. ☉, ☿ ☿), secrétaire des Facultés de l'Université de Caen.

La Faculté n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



A MA FEMME

AVANT-PROPOS

Les résultats de l'élaboration juridique qui s'est accomplie depuis 1804, autour des articles 1119, 1120 et 1121 C. Civ., offrent matière à des constatations curieuses.

Si on les considère, en dehors de toute glose et de tout commentaire, si on les entend au pied de leur lettre, ces textes peuvent être ordonnés en une manière de triptyque :

Au centre, une règle, apparemment stricte, qui consacre le principe de l'indépendance juridique des personnes et qui confine l'activité de chaque contractant dans les limites de son propre patrimoine (art. 1119).

Puis, de part et d'autre, un double système de dérogations corrélatives qui viennent tempérer la rigueur de la norme précédemment énoncée, et qui permettent, ou semblent permettre, aux volontés contractuelles de modifier, dans certains cas et sous certaines conditions, la composition soit active soit passive, du patrimoine d'autrui.

Du côté actif : « On peut, dispose l'article 1121 C. Civ., stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. »

Du côté passif : « On peut, dispose l'article 1120 C. Civ., se porter fort pour un tiers en promettant le fait de celui-ci ; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement ».

Ces formules légales composent ainsi un ensemble, uni par un solide lien logique.

Or, depuis le jour, déjà lointain, où elles ont été lancées dans la circulation, elles ont eu, les unes et les autres, des destinées d'une singulière diversité.

L'article 1121 C. Civ. a connu, aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence, le large et fécond épanouissement que l'on sait. Sous la poussée de nécessités qui n'ont pas tardé à se révéler, l'article 1119 C. Civ., en tant du moins qu'il prohibait la création de droits au bénéfice de tiers, a vu restreindre son domaine d'application, dans la mesure même où l'article 1121 C. Civ. poussait plus loin ses empiètements incessants. Expression trop absolue de tendances exagérément individualistes, l'article 1119 C. Civ. a bien vite manifesté son désaccord avec le réel, au moins en ce qui concerne une des deux prohibitions qu'il édicte.

Quant à l'article 1120 C. Civ., il a joué un rôle infiniment plus modeste que l'article 1121 C. Civ. Et rien, d'ailleurs, n'est plus facilement explicable : autant il était naturel de favoriser l'essor des volontés contractuelles, chaque fois qu'elles devaient se développer dans un sens favorable à autrui, autant il a pu paraître nécessaire de les brider, chaque fois qu'elles devaient avoir pour conséquence de faire naître un élément passif au détriment d'un tiers.

A s'en tenir même à cette dernière notation, on pourrait s'étonner de trouver, dans les recueils d'arrêts, un nombre relativement important de décisions rendues à propos de l'article 1120 C. Civ. C'est que la promesse de porte-fort a reçu, dans la pratique, une affectation particulière qui a incontestablement accru sa force d'expansion. Faire qu'un tiers soit obligé purement et simplement, sans aucune espèce de compensation, constitue une opération quelque peu paradoxale (et encore faut-il expressément réserver la question de savoir si un tel résultat est jamais possible). Au contraire, établir un rapport contractuel dont un tiers doit devenir titulaire et qui comporte des avantages et des charges destinés à s'équilibrer, est une démarche beaucoup plus concevable. Dans certaines

circonstances données, il peut paraître opportun à une personne de conclure, sans habilitation préalable, un contrat pour le compte d'une autre. Il suffit d'imaginer le cas classique où un immeuble est vendu, par un *non dominus* démuné de pouvoirs, mais au nom et pour le compte du véritable propriétaire. Ainsi se trouve réalisé un *contrat pour autrui*. Quelle fonction remplit alors la promesse de porte-fort ? Elle sert de support à l'opération principale qui est intervenue. Le contrat pour autrui, passé dans les conditions que nous venons de préciser, exige, pour être amené à son point de perfection, la ratification de celui au nom duquel on a agi. Et l'un des contractants se porte fort envers l'autre que cette ratification sera donnée.

C'est ainsi que s'est développée, en marge de l'article 1120 C. Civ., une institution juridique qui n'a pas été expressément prévue ni réglementée par le Code Civil — unie par des affinités certaines à la stipulation pour autrui, mais distincte d'elle cependant.

Or, elle n'a jamais été l'objet d'une attention bien vive de la part des juristes : sa bibliographie est assez mince, surtout si on la met en regard de la masse considérable d'ouvrages et d'études que la stipulation pour autrui a fait éclore.

Sans doute y a-t-il à cet égard, dans notre littérature juridique, une lacune. Prétendre la combler, même partiellement, eut été de notre part une ambition outrecuidante. Nous aurons atteint notre but, si nous avons fait ressortir tout à la fois l'intérêt et l'ampleur du problème.

L'opportunité d'un examen doctrinal minutieux de la promesse de porte fort et du contrat pour autrui apparaît d'autant plus grande que la jurisprudence témoigne, en cette matière, d'une indéniable confusion. Aucun principe directeur bien net ne se fait jour à travers des arrêts que l'on éprouve quelque peine à coordonner les uns avec les autres, en vue d'une construction juridique. Pour peu que l'on y réfléchisse, on s'aperçoit que ce flottement, ce manque de cohérence, tirent leur origine de la variété des opérations juridiques pour la réalisation des-

quelles on recourt au procédé technique de l'engagement d'un porte fort. Vente, partage, louage de choses, constitution d'hypothèque, donation-partage : la diversité des règles qui régissent chacun de ces contrats explique l'éparpillement et le caractère fragmentaire et localisé des solutions.

Ne serait-il pas possible cependant de regrouper tous ces éléments disparates dans une tentative de synthèse, et la mise en œuvre d'une conception centrale et unificatrice ne permettrait-elle pas d'établir une harmonie nécessaire ? La présente étude est, avant tout, la réponse à la question dont nous venons de poser les termes.

Mais tout essai de systématisation, quelque satisfaction qu'il soit susceptible de procurer à un besoin de clarté et de compréhension, n'est pas sans périls. Il conduit à peu près fatalement à des oppositions marquées avec les opinions communément reçues. Et c'est ainsi que, sur de nombreux points, nous avons dû constater le désaccord irréductible des conclusions auxquelles nous aboutissions avec ce qui est couramment enseigné ou jugé. La fréquence de ces divergences est même si grande qu'elle appelle, à notre avis, une mise au point, car elle pourrait être imputée à un doctrinarisme outrancier, ou, ce qui serait pis encore, à un détestable dessein d'acquérir à bon compte une originalité de mauvais aloi, en prenant exactement, dans nombre de controverses, le contrepied de ce qui est généralement admis.

Il nous faut donc prévenir une confusion possible. Nous nous sommes toujours efforcé de ne pas oublier que le droit est une réalité vivante. L'œuvre de l'interprète est vaine, nous le savons, si elle ne mène pas à des résultats positifs et si elle doit demeurer une création nuageuse de logique pure, sans contact avec les faits. Par ailleurs, nous n'ignorons pas que ce serait une erreur grave de méconnaître l'autorité légitime qui s'attache aux décisions de la jurisprudence. Mais il ne nous a pas paru que l'interprète, si modeste qu'il fut, dut jamais renoncer à son droit de critique. Quand, après mûr examen, il

estime qu'un arrêt est insuffisamment fondé, ou quand, à propos d'une opinion qu'il lui faut apprécier, il discerne son défaut d'adaptation exacte aux faits qu'il observe, il ne doit pas hésiter à le dire. Il ne s'agit pas là de rebellion, mais de probité intellectuelle.

Au surplus, nous avons trop nettement conscience des imperfections de cet ouvrage pour en attendre un retentissement auquel il ne saurait, en aucune manière, prétendre. Il a été inspiré par l'unique préoccupation d'apporter une simple contribution à l'étude d'une institution juridique quelque peu dédaignée par la doctrine, et il n'a sans doute pas d'autre mérite que d'avoir été écrit « de bonne foi » (au sens où Montaigne entendait cette expression) et dans un esprit de soumission totale à son objet.

Paris, décembre 1932.

PREMIÈRE PARTIE

De la promesse de porte-fort
proprement dite

CHAPITRE PREMIER

Etude descriptive de la promesse de porte-fort et de ses conditions de mise en œuvre.

1. Recherche d'une définition. — 2. Précédents historiques de l'institution. Pothier. — 3. Nécessité d'une distinction entre la promesse de porte-fort, convention principale et la promesse, pacte adjoit à un contrat principal. — 4. Analyse du rôle du porte-fort qui passe un contrat pour autrui, sans habilitation préalable : il est un gérant d'affaires qui représente le tiers dont la ratification est promise.

1. — Sous son apparence quelque peu archaïque (1), l'expression « se porter fort » appelle une définition. A cet égard, on ne trouve dans le Code civil aucune indication. Les rédacteurs de l'article 1120 ont intégré le mot dans le texte, en se référant manifestement à un concept connu. Mais, en fait, la solution de cette question de terminologie n'offre aucune difficulté. Dans le langage juridique, où ils ont pris un sens technique, les mots « se porter fort » constituent l'équivalent de ce que représente « se faire fort » dans le langage usuel. Se porter fort pour un tiers, c'est « répondre de son engagement » (2) ou,

(1) MARCADÉ, IV, n° 430, trouve l'expression de porte-fort « vague et quelque peu barbare ».

(2) LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, v° *citato*. — En raison de leur communauté d'origine et de leur quasi-synonymie, les deux expressions « se porter fort » et « se faire fort » sont soumises grammaticalement aux mêmes règles et soulèvent les mêmes difficultés. La question, en effet, s'est posée de savoir si, quel que fut le sujet du verbe, fort » devait rester invariable. LITTRÉ, à ce propos, consigne au mot

avec plus de précision, c'est « promettre que ce tiers s'obligera à faire ce qu'on a promis qu'il ferait » (1).

Reste à déterminer quel est le fait du tiers qui peut être l'objet de la promesse. Selon certains auteurs, l'engagement de la personne qui se porte fort consisterait en une promesse de faire ratifier par une tierce personne une convention ou un acte juridique qui aurait été passé pour le compte de cette dernière (2). Une telle affirmation n'est certes pas inexacte, mais elle apparaît incomplète. Trop simplificatrice, elle ne correspond pas à la complexité des situations juridiques que la seule étude de la filiation historique de l'article 1120 C. civ. permet d'en-trevoir.

2. — Les travaux préparatoires eux-mêmes ne sont d'aucun secours. Le rapport du Tribun Favart au Tribunat, l'exposé

« fort » (Remarque 1) l'observation suivante : « Cette femme se fait fort de fournir la somme demandée ; ils se font fort de ... — Déjà, en 1668, Marguerite Buffet (observ. p. 195) prétendait qu'il fallait dire : elle se fait forte. La vérité est que la locution était parfaitement régulière quand *fort* était des deux genres ; l'ancienne langue disait *uns hom fors*, *une femme fors*. Aujourd'hui que *fort* fait au féminin *forte*, il ne reste plus qu'un archaïsme qui mériterait sans doute d'être conservé s'il s'était transmis sans variation, mais, depuis longtemps, l'analogie nouvelle de la langue l'a enfreint. Voilà pour le féminin. Quant au pluriel, dire : ils se font *fort* et non *forts*, cela n'est fondé ni sur l'archaïsme ni sur la grammaire ; *fort* est ici adjectif et non adverbe. » — Tout au long de cette étude, nous maintiendrons la distinction dont LITTRÉ indique les origines historiques. Encore qu'il ait émis des doutes sur l'invariabilité de *fort* quand le sujet du verbe est un féminin singulier, nous nous conformerons à ce que nous croyons être un usage établi. Nous dirons donc : une personne se porte *fort*, mais, en revanche : des héritiers se portent *forts*. Un cas n'a pas été prévu par le savant philologue : celui où *fort* se rapporte à un féminin pluriel. Ici encore, pour ne pas enfreindre ce que nous croyons être un usage, nous étendrons au pluriel la règle adoptée pour le singulier et nous dirons : des personnes se portent *fort*. Enfin, nous croyons devoir écarter comme incorrecte et grammaticalement injustifiable, si *fort* est adjectif, l'expression « porté fort » pour désigner le tiers dont l'engagement est promis.

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Des obligations*, I, n° 130.

(2) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 49.

des motifs de Bigot-Préameneu, lors de la présentation du texte au Corps législatif (1), se bornent, sur le point qui nous occupe, à faire, non sans quelque emphase, l'éloge du droit romain.

Pour que cette investigation, à travers les antécédents de l'article 1120 C. civ. soit fructueuse, il faut se reporter à Pothier, dont l'influence, en cette matière, a été prépondérante (2). Or, si l'on consulte son *Traité des obligations*, on constate qu'il a abordé en deux endroits différents la question de la clause de porte-fort.

Il en a parlé d'abord au § 56 (*Partie I, Chap. I, art. V*) en développant les raisons du principe « qu'on ne peut stipuler ni promettre pour un autre ».

Voici son commentaire : « La seconde partie de ce principe qu'on ne peut promettre que pour soi-même est évidente, car lorsque j'ai promis qu'un autre vous donnerait quelque chose ou ferait quelque chose, sans me faire fort de lui, ni rien promettre de ma part, cette convention ne peut obliger ni ce tiers ni moi. Elle ne peut obliger le tiers, car il n'est pas en mon pouvoir d'obliger un autre sans son fait. Elle ne m'oblige pas non plus car, puisqu'on suppose que j'ai promis, pour un autre et non pour moi, je n'ai pas entendu m'obliger.

« ... Mais [si celui qui a promis qu'un tiers donnerait ou ferait quelque chose,] n'a pas entendu *pure de alio promittere*... mais a entendu promettre aussi *de se*, c'est-à-dire promettre qu'il *se faisait fort de ce tiers*... en ce cas, la convention est valable ».

(1) D. *Jurisprud. Gén.*, v^o Obligation, p. 21, n^o 3 et p. 33, n^o 194 ; Cf. TAMBOISE, *De la clause de porte-fort*. Thèse Lille, 1906, p. 37 et s.

(2) Rapport du Tribun FAVART : « Les Romains ont écrit ces vérités dans leurs lois. Elles ont été recueillies par le savant Domat, et Pothier en fit un traité qui seul aurait fait sa gloire. C'est dans les ouvrages de ces deux grands hommes que le projet de loi, dont je vais vous entretenir, a été puisé. » — A la vérité, DOMAT a été d'une concision extrême sur la question (*Loix civiles*, livre I, tit. I, section II, n^o VI) et il est à noter qu'il ne semble avoir vu dans la promesse de porte-fort qu'un engagement de fournir une ratification.

Pothier met ainsi en évidence, avec sa clarté habituelle, les procédés techniques extrêmement ingénieux par lesquels les juristes romains avaient réussi à valider, au moyen de l'intégration d'un intérêt personnel du promettant, une promesse qui avait pour objet le fait d'un tiers (1):

Mais, qu'on le remarque bien, Pothier s'est contenté des termes imprécis : fait d'un tiers. Le mot même de ratification n'a pas été cité.

Pour voir apparaître cette notion de ratification, il faut se référer au paragraphe 74, où, de nouveau, Pothier étudie la clause de porte fort. « Ce que nous avons dit, jusqu'à présent, que nous ne pouvons rien stipuler ni promettre que pour nous-mêmes et non pour un autre, s'entend en ce sens que nous ne le pouvons pas lorsque nous contractons *en notre nom*, mais nous pouvons prêter notre ministère à une autre personne, afin de contracter pour elle, et, en ce cas, ce n'est pas proprement nous qui contractons, mais cette personne qui contracte par notre ministère ».

§ 75. — Si je contracte au nom d'une personne qui ne m'avait point donné de procuration... [et] si elle ne ratifie pas, la convention est nulle à son égard, mais *si je me suis fait fort d'elle, si j'ai promis de la faire ratifier*, cette promesse de la faire ratifier est une convention que j'ai eue en mon nom avec la personne avec qui j'ai contracté, par laquelle je me suis obligé envers elle au rapport de cette ratification ».

A ce point, il est aisé de mesurer le chemin parcouru : l'hypothèse première s'est singulièrement modifiée. Le fait du tiers pour l'exécution duquel le porte-fort s'est engagé, n'est plus

(1) Au lieu de promettre le fait d'autrui (*Spondesne Titium fidejussorem fore* ?) le promettant répondait de son fait personnel (*Spondesne te effecturum ut Titius fidejubeat* ?). — V. sur ce point : GIRARD, *Manuel Élémentaire de droit romain*, 6^e édit., p. 462 et s. ; cf. également pour les précédents, en droit romain, de l'institution du porte-fort : TAMBOISE, *op. cit.*, p. 13 et s. et notamment, la « *cautio ratam rem dominum habiturum* » (p. 22) et la « *cautio illum sisti* » (p. 23).

un agissement quelconque, il a un caractère bien précis : c'est l'adhésion ultérieure du tiers à un contrat que l'on passe en son nom, mais sans qu'il ait conféré, au préalable, les pouvoirs nécessaires.

3. — Pothier nous donne ainsi les éléments précieux d'une différenciation dont il semble bien que les rédacteurs de l'article 1120 aient tenu compte, car le caractère incontestablement vague et flou de la formule finale « si le tiers refuse de tenir l'engagement » lui permet de s'adapter sans trop de difficulté aussi bien à l'hypothèse où l'objet de l'engagement du porteur est l'exécution d'un fait quelconque du tiers qu'à l'hypothèse où cet objet prend la forme spéciale de rapporter le consentement du tiers à une convention passée, sans pouvoirs, en son nom (1).

Il n'est évidemment pas dans notre intention d'opposer comme deux notions irréductibles l'une à l'autre, et conceptuellement différentes, le fait de se porter fort de l'agissement quelconque d'un tiers, et la simple promesse de faire ratifier, car une telle manière de procéder se heurterait à cette objection majeure que, lorsqu'une personne s'engage à obtenir la ratification d'un tiers, *elle se porte fort*, « Se porter fort » est le genre et « la promesse de faire ratifier » est l'espèce.

(1) D'après la seule lecture de l'article 1120 C. civ. on pourrait même se demander si les rédacteurs du texte n'ont pas essayé d'y introduire la distinction que nous signalons. La proposition principale est, en effet, conçue dans les termes les plus généraux : « on peut se porter fort pour un tiers en promettant le fait de celui-ci ». Mais la deuxième partie de la phrase indique : « sauf l'indemnité contre celui qui *s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier* ». Dans ces conditions, on pourrait être tenté de voir dans la conjonction « ou », non le signe d'une équipollence évidente entre « se porter fort » et « promettre de faire ratifier » mais une sorte de référence à une alternative possible. Toutefois cette conjecture serait bien hasardeuse, car la terminologie légale s'explique facilement lorsqu'on la rapproche du passage ci-dessus rapporté de Pothier (§ 75) : « Si je me suis fait fort d'elle (la personne qui n'a pas donné de procuration) si j'ai promis de la faire ratifier ».

Mais il nous paraît conforme aux exigences de l'analyse de distinguer, selon l'exemple même de Pothier, les deux hypothèses qui viennent d'être énoncées. Bien que la promesse de porte fort reste toujours spécifiquement la même, bien que ses éléments constitutifs ne subissent aucune altération, sa fonction varie, ses conditions de mise en œuvre changent, suivant l'un ou l'autre cas.

4. — I. Envisageons d'abord l'opération dans sa forme la plus extensive: l'objet de la promesse est un fait quelconque du tiers. Les ouvrages de doctrine nous fournissent à cet égard des exemples classiques : je vous promets que Paul fera votre portrait, ou que Pierre abattra les arbres de sa propriété qui gênent votre vue (1).

Une remarque s'impose immédiatement : la promesse de porte fort constitue alors, à elle seule, un tout, sans lien ni connexité avec une autre manifestation d'activité juridique des parties. Deux personnages seuls sont en présence : un promettant et un stipulant. Ce qui est en jeu, c'est la seule question de savoir si tel agissement, expressément visé, sera accompli, si telle obligation nettement déterminée sera assumée par le tiers. La structure du rapport obligatoire est d'une extrême simplicité (2).

(1) BUFNOIR, *Propriété et contrat*, p. 565. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, I, n° 129. Les exemples cités dans le texte ne sont que de simples hypothèses d'école. L'examen de la jurisprudence permet d'en indiquer d'autres (v. *infra*, n° 25) (Contrats de remplacement militaire ; promesse envers un organisateur de réunions sportives que tel champion disputera un combat).

(2) AUBRY et RAU (IV, § 343 *ter*, p. 510, n. 3) nient le bien fondé de la distinction proposée. « La déclaration du tiers qu'il entend exécuter l'obligation contractée à sa charge est, disent-ils, une ratification de ce qui a été promis. » Cette opinion nous semble procéder d'une notion inexactement extensive de la ratification — laquelle implique (cf. *infra*, n° 40 et s.) une opération juridique faite par une personne au nom et pour le compte d'une autre. D'après l'analyse que nous donnons au texte, le promettant n'agit en aucune manière au nom du tiers.

II. L'introduction de la notion de ratification vient singulièrement compliquer la donnée initiale, et l'on peut schématiser ainsi le mécanisme de l'opération.

Une personne *A*, entend conclure avec *B*, mais pour le compte de *C*, un contrat quelconque, une vente par exemple. Elle est, par définition, démunie des pouvoirs nécessaires. Néanmoins elle vend à *B* un immeuble de *C*, au nom duquel elle agit. De toute évidence, l'absence de pouvoirs chez *A* rend nécessaire l'adhésion ultérieure de *C*, au contrat qui a été ainsi passé en son nom.

C'est alors que la convention de porte fort est utilisée. *A*, qui a agi spontanément au nom de *C*, mais sans y avoir été préalablement habilité, se porte fort, à l'égard de *B*, que *C* ratifiera le contrat de vente dont il s'agit.

On peut noter aussitôt le changement qui s'est opéré, par rapport à la première hypothèse. La promesse de porte-fort n'est plus isolée, indépendante. Elle n'a sa raison d'être que dans un contrat principal qu'elle accompagne et auquel elle sert en quelque sorte d'étai (1).

Le rôle joué par *A* veut être examiné avec soin, car il se double.

A, en premier lieu, a contracté avec *B*, au nom et pour le compte de *C*. Poursuivons notre exemple. *A* est convenu avec *B* d'une chose et d'un prix. Tous deux ont établi par un commun accord les conditions du contrat. A la suite d'une immixtion dans le patrimoine de *C*, *A* s'est donc *institué le gérant d'affaires de C* (2). Et comme il a déclaré agir au nom de *C*, il a accompli en même temps à l'égard de *C* un acte de *représentation*.

Par ailleurs, *A*, s'est engagé envers *B* à rapporter la signa-

(1) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 49.

(2) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *ibid.* — BUFNOIR, *op. cit.*, p. 566. — SAVATIER, *La clause de porte-fort dans la pratique contemporaine*. Répertoire général pratique du Notariat et de l'Enregistrement, 1928, art. 21.592, p. 63.

ture de *C* qui fait actuellement défaut. Il a assumé, comme porte-fort, une obligation subsidiaire (1) qui trouve son explication dans la gestion d'affaires entreprise.

Nous aboutissons ainsi à cette première conclusion que lorsqu'il passe un contrat pour autrui, le porte fort est un gérant d'affaires qui représente le tiers et qui s'engage personnellement envers son co-contractant à procurer le consentement, actuellement déficient, du représenté (2).

Mais avant de nous engager plus avant, il nous faut affiner ces notions à peine ébauchées, que l'analyse nous a fournies.

(1) SAVATIER, *ibid.*

(2) Nous pensons avoir ainsi justifié la distinction que nous avons indiquée entre la promesse de porte-fort, entendue *lato sensu*, et la promesse de procurer une ratification. Mais nous ne nous dissimulons pas ce qu'une telle manière de présenter les choses peut avoir d'arbitrairement schématique. La réalité juridique offre une telle richesse de nuances que certaines situations paraissent devoir entrer difficilement dans les cadres que nous avons ainsi tracés. Comme nous le noterons plus loin (v. *infra*, n° 25 et s.) le fait du tiers à propos duquel le porte-fort s'engage est susceptible d'une variété indéfinie : il peut revêtir un caractère soit positif soit négatif.

1° Envisagé sous son aspect positif, il peut consister non en une ratification, au sens technique du mot, mais en une *acceptation*. On peut concevoir qu'un porte-fort, au lieu de passer *ex nunc* un contrat pour le compte du tiers, obtienne simplement d'un co-contractant éventuel une promesse et prépare les bases d'un contrat qui sera proposé au tiers. Le porte-fort s'engage alors simplement à ce que le tiers consente un jour à former définitivement un rapport obligatoire qui n'est encore qu'ébauché (cf. d'ailleurs *infra*, n° 33, la différence que nous essayons d'établir entre le contrat conclu par le porte-fort et un simple avant-contrat).

2° Sous son aspect négatif, le fait à propos duquel la promesse est donnée, peut consister en ceci que le tiers n'attaquera pas, comme il en aurait le droit, un contrat que le porte-fort et le stipulant passent respectivement pour leur compte. Par exemple, un *non dominus* vend le bien d'autrui, en promettant que le véritable propriétaire n'intentera jamais l'action en revendication (Riom, 22 juin 1836 s. Req., 2 janvier 1838. D. *Jurisprud. gén.*, v° Vente, n° 1873, v° Obligation, n° 264).

Comme on le voit, il n'est plus exact de dire, dans ces deux sortes d'hypothèses, que la convention de porte-fort ne se relie pas à une manifestation d'activité juridique du promettant et du stipulant. Dans le premier cas, la promesse de porte-fort est faite en considération d'un acte juridique du tiers qui permettra à un rapport obligatoire, simplement

SECTION I

Lorsqu'il conclut un contrat pour autrui, le porte-fort
est un gérant d'affaires.

5. Nécessité de préciser et de nuancer cette notion d'un porte-fort gérant d'affaires. — 6. Il y a dans l'agissement du porte-fort qui conclut un contrat pour autrui tous les éléments d'une gestion d'affaires — mais sous condition de ratification. — Notion proposée.

5. — Cette affirmation que le porte-fort, lorsqu'il conclut un contrat pour autrui, est un gérant d'affaires, ne saurait être produite sans précisions ni nuances. La gestion d'affaires, en effet, dans le cadre qui lui est généralement assigné, a pour conséquence de lier irrévocablement le maître, en raison de l'utilité qu'elle procure à ce dernier. Et ce premier résultat est en contradiction formelle avec la liberté de décision du tiers dont la ratification est promise. Par ailleurs, si la notion même de gestion d'affaires s'est singulièrement élargie, si elle a incontestablement dépassé l'hypothèse classique de travaux urgents exécutés par une personne pour le compte d'un ami, si elle peut s'étendre, dans certaines circonstances de fait, jusqu'à la constitution d'une hypothèque (1), il n'en demeure pas moins que son domaine d'application normal se maintient sensiblement dans les limites, du reste assez imprécises, des actes d'administration (2). Or, la promesse de porte-fort est généra-

projeté, de se réaliser un jour. Dans le second cas, elle a pour but d'éviter l'anéantissement, par le fait d'un tiers, d'un contrat irrégulièrement formé.

(1) V. notamment sur ce point MARUITTE, *La notion juridique de gestion d'affaires*. Thèse Caen, 1930, n° 33, p. 107.

(2) La formule dont nous usons n'implique, en aucune manière, adhésion pure et simple à la théorie, longtemps en faveur, d'après laquelle les actes d'administration sont seuls susceptibles de former l'objet d'une gestion (V. l'exposé critique de cette conception dans MARUITTE, *op. cit.*, nos 30 et s.). Nous admettons que « la véritable limitation des pouvoirs du

lement adjointe à des contrats, comme la vente, à propos desquels l'utilité de la gestion ne saurait être que très rarement invoquée (1).

Ainsi semblent se révéler entre la gestion d'affaires et l'agissement d'un porte-fort deux graves antinomies : tandis que le cadre de la gestion d'affaires paraît trop étroit pour contenir l'activité d'un porte-fort, on remarque, en revanche, l'efficacité restreinte de cette activité, puisqu'elle n'aboutit à rien créer de définitif dans le patrimoine de la personne au profit de laquelle elle se déploie.

6. — Est-il possible, dès lors, d'accepter, sans les modifier, les premières données que nous avait fournies l'observation des faits ? Faut-il continuer à voir un gérant d'affaires dans le porte-fort qui promet une ratification ? La réponse doit être affirmative, car les antinomies que nous avons mises en évidence ne sont pas insolubles. Par delà les différences que nous avons signalées, on retrouve, dans l'opération conclue par le porte-fort, au nom du tiers, tous les éléments caractéristiques d'une gestion d'affaires (2).

1) On ne saurait contester tout d'abord qu'il y ait *immixtion dans le patrimoine d'autrui*. Quand un porte-fort vend, par exemple, un immeuble du tiers, ou bien quand il procède au partage d'une indivision où le tiers est intéressé, il est clair que c'est le patrimoine du tiers qui est en question. Sans doute, il est des hypothèses, et fort nombreuses, où les propres

gérant réside dans l'utilité de la gestion » (*ibid.*, n° 31, p. 104). Mais il ne nous semble pas douteux que la démonstration de cette utilité est particulièrement délicate en ce qui concerne les actes de disposition et la pénétration de la gestion d'affaires dans la sphère des actes de disposition reste, malgré tout, exceptionnelle.

(1) A supposer même qu'elle puisse l'être jamais. V. sur ce point, PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VII, n° 726.

(2) V. notamment, sur ces éléments constitutifs de la gestion d'affaires. PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, VII, n° 725 et s. — DEMOGUE, III, n° 4 et s. — MARUITTE, *op. cit.*

intérêts du gérant d'affaires porte-fort sont engagés au même titre que ceux du tiers. Il en est ainsi dans le cas où le porte-fort aliène, en même temps que ses droits, ceux que le tiers possède dans un bien indivis. Mais cette juxtaposition d'intérêts ne saurait empêcher que, dans la mesure où il agit pour le compte d'un tiers, le porte-fort n'assume la gestion des affaires de ce dernier.

2) D'autre part, la *contemplatio domini* ne fait pas défaut. La personnalité du tiers dont la ratification est promise domine en quelque sorte l'opération passée entre le porte-fort et le co-contractant. C'est en considération de l'entrée définitive du tiers dans le cercle contractuel que l'accord est conclu. La promesse de porte-fort, adjointe à la gestion d'affaires et distincte d'elle, met en relief précisément cet élément intentionnel sans lequel la gestion ne prendrait pas naissance.

Reste, il est vrai, que le tiers, maître de l'affaire n'est pas lié par la gestion, et qu'il est entièrement libre de ratifier, ou non. Mais cette conséquence n'est pas de nature telle que la notion de gestion d'affaires doive être écartée à propos de l'agissement d'un porte-fort. Si le législateur a entendu obliger le maître, sans une manifestation de volonté de sa part, c'est à raison de l'utilité que l'opération représente pour l'intéressé. Il a renforcé la situation du gérant, en lui permettant d'agir contre le maître, quelque opinion que ce dernier puisse avoir relativement à la gestion. Mais il n'en appartient pas moins au gérant d'affaires et à son co-contractant de modifier les incidences de la loi. L'utilité que la gestion peut présenter pour le maître, ils peuvent convenir d'en faire le maître juge, et seul juge (1). Et précisément, la promesse de porte-fort, adjointe à un contrat, est, selon nous, le signe évident de la liberté de détermination qui est laissée au tiers. Le gérant d'affaires, en promettant de rapporter la ratification, et le co-contractant, en

(1) DEMOGUE, II, n° 479 : « Celui qui autorisera sera le juge final de l'utilité de l'affaire ».

acceptant cette promesse, manifestent nettement leur volonté commune de subordonner le sort de l'opération qu'ils concluent à l'adhésion ultérieure du maître. En aucun cas, et quelle que soit l'utilité de la gestion, le tiers, pour le compte duquel le gérant agit, en se portant fort, ne sera lié (1).

Ainsi entendue, la gestion d'affaires prend une force d'expansion nouvelle, puisqu'il est entendu qu'en aucun cas, la liberté du maître ne sera aliénée. Il importe peu de savoir si l'opération conclue par le gérant reste dans la zone des actes pour lesquels la question d'utilité ne peut être évoquée. Les actes de disposition rentrent incontestablement dans la sphère d'activité possible du gérant. Ce qu'elle perd en efficacité, la gestion le gagne en étendue. Elle se situe alors dans le cadre de l'article 1998 C. Civ., aux confins de l'hypothèse expressément visée par le texte légal, où une personne n'est tenue par les agissements d'un mandataire qui a dépassé ses pouvoirs, qu'autant qu'elle a donné sa ratification expresse ou tacite (2).

C'est, en définitive, à une notion de gestion d'affaires condi-

(1) V. sur ce point (et l'opinion contraire soutenue notamment par MM. PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 49 *in fine* et 52) *infra*, n° 57 ; Cf. PILON, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*. Thèse Caen, 1897, p. 304 : « Le rapport contractuel créé du consentement mutuel du représentant et du tiers ne produit ses effets dans le patrimoine du maître que par suite d'une déclaration de volonté de ce dernier, d'une ratification, en vertu... d'un élément purement subjectif et indépendamment de l'utilité plus ou moins grande de l'affaire gérée ».

(2) PLANIOL et RIPERT, II, n° 1224 : « La gestion d'affaires ne consiste pas seulement à prendre soin, en l'absence de l'intéressé, du bien déjà entré dans son patrimoine. Elle consiste surtout à *passer un contrat pour le compte d'autrui*... on trouve une application particulière dans l'article 1998 C. civ. où la loi suppose qu'un mandataire a dépassé ses pouvoirs » ; Cf. également CORBESCO, *De la représentation dans les actes juridiques et principalement dans les contrats*. Thèse Paris, 1912, n° 165, p. 128 : « On admet aujourd'hui que la gestion d'affaires peut aussi servir à faire acquérir à une personne un droit qui ne figurerait pas dans son patrimoine. Cette idée doit logiquement conduire à reconnaître la validité du contrat pour autrui ».

tionnelle que l'on est conduit (1). Et la condition à laquelle l'efficacité de la gestion est subordonnée, consiste en une ratification que le gérant se porte fort de procurer. Que la défaillance de la condition se produise, aucun rapport contractuel ne prendra naissance entre le maître et le gérant. Grâce à son autonomie qui reste entière, le maître, dont l'adhésion a été simplement promise, pourra méconnaître ce qui aura été fait pour son compte.

Sous le bénéfice de ces explications et corrections, la conception d'un porte-fort gérant d'affaires semble susceptible d'être maintenue. Elle n'implique aucune déformation essentielle d'une institution qui ne laisse pas, au surplus, d'offrir une certaine plasticité.

(1) M. DEMOGUE (III, n° 11) parle de « gestion d'affaires irrégulière ». — TARTUFARI (dont l'opinion est analysée et critiquée par M. PILON, *op. cit.*, nos 207 et s., p. 302 et s.) a, dans son étude *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti*, proposé une distinction entre la gestion d'affaires proprement dite et la gestion d'affaires sous la condition de ratification du représenté : « Il y a en réalité, a-t-il écrit (*op. cit.*, n° 101) deux formes différentes de gestion, se distinguant par la raison qui les rend obligatoires pour le *dominus rei gestae*, à savoir : l'une qui est obligatoire pour lui de plein droit et immédiatement, indépendamment de sa volonté, en vertu de la loi ; l'autre qui ne devient obligatoire que par l'effet de cette volonté résultant de la ratification ». S'il en était ainsi, le consentement nécessaire du maître donnerait à la gestion d'affaires sous condition de ratification un caractère spécifique qui la différencierait de la gestion d'affaires *stricto sensu*. Mais il ne semble pas que cette plus ou moins grande efficacité immédiate de la gestion, quant à l'engagement du maître, soit susceptible de détruire la notion unitaire de l'institution qui, dans les deux hypothèses envisagées, présente les mêmes éléments constitutifs ; seulement, dans le premier cas, observe M. PILON (*op. cit.*, p. 306) « la loi... présumant que le maître eût ratifié, déclare que le rapport direct entre le maître et le tiers est formé, sans qu'il soit besoin de ratification ; dans l'autre, le lien direct ne se forme que s'il y a ratification » (Selon l'explication que nous avons donnée, la promesse de porte fort, en paralysant le jeu de cette « présomption légale » aurait pour effet d'empêcher que l'utilité de la gestion puisse être jamais invoquée, et de rendre la ratification nécessaire en toute hypothèse).

SECTION II

**Lorsqu'il conclut un contrat pour autrui,
le porte-fort est un représentant.**

7. Nécessité de justifier la qualité de représentant reconnue au porte-fort. — 8. La nature juridique de la représentation ne fait pas obstacle à cette reconnaissance. — 9. Non plus que l'étude des conditions de la représentation. — 10. Le porte-fort est un représentant sous la condition que le contrat qu'il conclut sera ratifié.

7. — Dans la brève esquisse que nous avons tentée de l'activité du porte-fort qui conclut un contrat pour autrui, nous avons juxtaposé à la notion de la gestion d'affaires, celle de représentation. Sur ce dernier point encore, des explications sont nécessaires :

Tout d'abord, il convient de remarquer que toute gestion d'affaires n'est pas représentative : si elle ne comprend que des actes matériels, elle ne laisse aucune place à la représentation (1). Les deux concepts ne sont donc pas indissolublement liés.

D'autre part, les résultats immédiats de l'agissement d'un porte-fort semblent en contradiction avec les conséquences normales de la représentation. » Il y a représentation, dit M. Capitant (2), lorsqu'un acte juridique est accompli par une personne, pour

(1) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VII, n° 728. — COLIN et CAPITANT, II, p. 720. — JOSSERAND, II, n° 1442. — DEMOGUE, III, n° 12. — MAIRITTE, *op. cit.*, n° 27 et n° 43. — PICARD, La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1922, p. 15. — ROUAST, L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile. *Rev. trim. de dr. civ.*, 1922, p. 50. — *Contra* : PLANIOL, notes s. Cass. Req., 16 juillet 1890 (D. 1891.1.49) et Cass. req., 20 décembre 1910 (D. 1911.1.377); article *Rev. crit. de légis. et de jurispr.*, 1904, p. 489 et 490; *Traité élém.*, II, nos 2273 et 2274. — BARTIN s. AUBRY et RAU, VI, § 441, note 3^{ter}, p. 295.

(2) *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 330.

le compte d'une autre, dans des conditions telles que les effets se produisent *directement et immédiatement*, sur la tête du représenté, comme si lui-même avait accompli l'acte ». S'agissant d'un contrat passé par un porte-fort, il n'est pas contestable que tous ses effets ne s'en réalisent pas aussitôt dans le patrimoine de celui au nom duquel le porte-fort a agi. L'engagement spécifique du porte-fort envers les co-contractants signifie même, avec une netteté parfaite, qu'une ratification de l'intéressé est nécessaire. Nous voyons poindre ici la même objection qu'en matière de gestion d'affaires : le *tiers*, au nom duquel le contrat a été conclu, *n'est pas lié*.

Toutefois, comme en matière de gestion d'affaires, il ne convient pas de se laisser arrêter par des apparences contraires, et il ne nous paraît pas impossible de justifier la qualité de représentant que nous avons reconnue au porte-fort.

Seulement, pour parvenir à ce but, il nous faut évoquer dès maintenant le double problème de la nature juridique et des conditions de la représentation. (Bien entendu, il ne peut s'agir de rouvrir, à cette place, le complexe et difficile débat que soulève la représentation. Nous devons nous contenter d'un bref rappel des théories en présence, et fixer aussitôt notre choix) (1).

8. — I. NATURE JURIDIQUE DE LA REPRÉSENTATION (2).

A) *Théorie de la fiction*. — Selon une très ancienne conception qui trouve encore des défenseurs et qui se reflète jusque dans la jurisprudence moderne, le représentant ne ferait que

(1) V. notamment sur cette question de la représentation : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, nos 54 et s. — CAPITANT, *Introduction au droit civil*, p. 330 et s. — DEMOGUE, I, nos 89 et s. — PILON, *op. cit.* — CORBESCO, *op. cit.* — POPESCO-RAMNICÉANO, *De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé*. Thèse Paris, 1927. — MADRAY, *De la représentation en droit privé*. Thèse Bordeaux, 1931.

(2) V. notamment : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 55. — PILON, *op. cit.*, n° 19 et s. — DEMOGUE, I, n° 147.

revêtir la personnalité du représenté. Il serait censé déclarer la volonté même du représenté (1).

S'il en était ainsi, il faudrait renoncer à voir dans le porte-fort un représentant, puisque tout le système postule l'antériorité de la déclaration de volonté du représenté par rapport à celle du représentant et que, dans notre hypothèse au contraire, la déclaration de volonté du porte-fort précède nécessairement celle du tiers au nom duquel il a agi.

Mais précisément cette explication tirée de la fiction se heurte à l'objection majeure qu'elle est radicalement impuissante à rendre compte de l'universalité des faits. Dans les cas, extrêmement fréquents, de représentation légale, le représenté n'a pas et ne peut pas avoir de volonté efficace. Peut-on dire du tuteur d'un aliéné interdit, par exemple, qu'il est censé déclarer la volonté de celui qu'il représente ? Pour rester dans la logique du système, il faudrait créer de toutes pièces la volonté inexistante du représenté, et de la sorte, le représentant déclarerait fictivement une volonté qui serait elle-même fictive. On ne saurait pousser plus loin l'irréalisme (2).

B) *Théorie du nuntius*. — D'après une seconde théorie, la personnalité du représentant ne s'absorberait pas dans celle du représenté, et le représentant ne serait pas totalement étranger à la formation du rapport juridique qui est destiné à lier le représenté. Mais il ne serait qu'un « *nuntius* », le moyen pratique de faire connaître la volonté du représenté. Le représentant ne jouerait que le rôle effacé d'agent de transmission de la volonté du représenté. (3)

(1) Cf. POTHIER, *Du mandat*, n° 87. — TROPLONG, *Du mandat*, n° 595, p. 565. — GUILLOUARD, *Mandat*, n° 184. — LABBÉ, *Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, p. 11. — BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Mandat*, n° 363 (V. dans PILON, *op. cit.*, p. 29 et 30, les références à la doctrine allemande, avec indication des différentes formes sous lesquelles la théorie a été présentée).

(2) Cf. pour cette réfutation de la théorie de la fiction : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 55. — PILON, *op. cit.*, n° 25, p. 31. — DEMOGUE, I, n° 147.

(3) Ce système a été soutenu par des auteurs allemands, notamment

On a fait à cette explication l'objection majeure qu'elle ne s'applique qu'au cas où il y a mandat — et encore, un mandat tellement précis et circonstancié qu'il ne laisse absolument aucune initiative au représentant. Et cette théorie du représentant *nurtius* se révèle particulièrement inadéquate au réel en cas de représentation légale, où la volonté du représenté ne se déclare pas (1) ?

Il va sans dire qu'à l'intérieur d'un tel système, l'agissement d'un porte-fort ne trouverait pas place. Il ne peut être question de voir dans le porte-fort l'interprète fidèle ou le messenger d'une volonté qui n'existe pas encore.

C) *Théorie de la participation*. — Certains auteurs (2) ont cherché à élargir la zone d'activité du représentant et l'ont en quelque sorte associé au représenté pour la formation du contrat. Celui-ci serait le fruit de leur coopération. Mais l'importance respective du rôle du représentant et du représenté serait essentiellement variable, selon les conditions où s'opère la représentation. Les deux volontés du représentant et du représenté contribueraient à l'établissement du rapport juridique dont le représenté devient titulaire, mais dans des proportions exactement inverses : plus les pouvoirs conférés au représentant seraient larges et généraux, plus serait restreinte la part qui revient au représenté dans l'élaboration du contrat. Et réciproquement. Des deux activités juridiques, dont l'union est

par SAVIGNY, *Obligations*, II, § 57. L'exposé schématique que nous donnons dans le texte ne tient pas compte des nuances et variantes avec lesquelles cette théorie a été présentée (V. sur ce point notamment PILON, *op. cit.*, n° 26 et s.).

(1) V. sur ce point : PILON, *op. cit.*, n°s 27 et 28. — DEMOGUE, I, n° 147. Cette notion d'un représentant-messenger est, en réalité, contradictoire. On estime généralement qu'il n'y a pas de représentation véritable, chaque fois que l'on se trouve en présence de l'agissement d'un simple messenger : il y a simplement contrat entre absents (Cf. PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 57. — PILON, *op. cit.*, n°s 132 et s.).

(2) Notamment : MITTEIS, *die Lehre von der Stellvertretung*, § 13, p. 109-126. — TARTUFARI, *op. cit.* ; Cpr. DEMOGUE, I, n° 150.

nécessaire, l'une se développerait au détriment de l'autre (1).

Douée d'une indéfinissable souplesse, soucieuse de se modeler sur les faits, cette théorie n'en devient pas moins inopérante, en présence de l'hypothèse-limite (et très fréquente) où cette collaboration des volontés du représentant et du représenté ne peut plus se produire : il s'agit du cas où le représenté n'a pas de volonté actuellement efficace. Pour maintenir alors cette sorte de conception dualiste de la représentation, sur laquelle repose le système de la coopération, il faut bien trouver un équivalent, une manière d'« ersatz » de la volonté juridiquement inexistante du représenté et l'on fait appel à la volonté légale (2).

D. — *Théorie de la substitution.* — Mais, arrivé à ce point, le raisonnement nous semble revêtir un caractère nettement artificiel, et mieux vaut, à notre avis, adopter la théorie moderne, d'après laquelle la représentation s'analyse en une substitution de la volonté du représentant à celle du représenté. Si l'on admet cette conception, l'aspect du problème se modifie

(1) La détermination du rapport entre la part contributive de la volonté du représenté et la part contributive de la volonté du représentant nécessite l'examen d'un grand nombre d'hypothèses, et encore ne s'agit-il que de simples cadres où situer les différents cas de représentation (V. l'exposé critique de cette théorie de la coopération dans PILON, *op. cit.*, n° 29 et s. — CORBESCO, *op. cit.*, adde : DEMOGUE, I, nos 149 et s.). Cette variabilité de l'importance du rôle du représentant, en fonction de la nature et de l'étendue des pouvoirs dont il est investi, a fourni à M. le Prof. C. VIVANTE (*Traité de droit commercial*, tome I, *Les commerçants*, Traduction J. ESCARRA, n° 256, p. 428, texte et note 8) la matière d'une critique d'ordre général contre le système de la coopération adoptée par MITTEIS et TARTUFARI : « L'acte par lequel elle (la représentation) a été constituée reste..., en dehors de l'affaire que le représentant doit conclure. Celui qui porte le rapport préliminaire dans l'affaire conclue par le représentant doit nécessairement régler la représentation par une discipline juridique différente, selon qu'elle est nécessaire ou conventionnelle, selon qu'elle est constituée par un mandat général ou spécial. Mais comme la représentation doit avoir, à l'égard des tiers, une structure unique, quel que soit le rapport interne dont elle dérive, il est donc clair que, pour en tracer le régime, on doit faire abstraction du rapport constitutif ».

(2) V. sur ce point PILON, *op. cit.*, p. 42.

complètement. Un rôle primordial est reconnu à la volonté du représentant. C'est elle qui, prenant la place de la volonté du représenté « participe directement et réellement à la formation du contrat qui produira des effets dans le patrimoine du représenté » (1).

Sans doute, on peut conjecturer, sans grandes chances d'erreur, qu'une telle manière de voir a été absolument étrangère aux rédacteurs du Code Civil qui, selon toute vraisemblance, ont adopté le système traditionnel de la fiction (2). Mais les textes mêmes de notre droit positif ne sont pas rebelles à l'adoption de la théorie récente. On a même fait remarquer que l'article 1998 C. Civ. parlait « d'engagements *contractés* par le mandataire » et que, d'un autre côté, l'article 1984 définissait le mandat « l'acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de *faire quelque chose* pour le mandant et en son nom ». Et l'on s'est demandé : en quoi peut constituer ce « quelque chose » que le mandataire peut « faire » sinon en un contrat (3) ?

Par ailleurs, à n'examiner les choses que du seul point de vue rationnel, la conception moderne offre cet indiscutable avantage de cadrer avec toutes les situations possibles. En toute hypothèse, c'est le représentant qui contracte, soit que ses pouvoirs dérivent d'une déclaration de volonté du représenté, soit qu'ils prennent leur source dans la loi.

On aperçoit du même coup l'intérêt que cette solution peut présenter au regard du porte-fort : dès lors que le représentant déclare une volonté propre et que la création du rapport juridique est son œuvre personnelle, il n'y a plus d'impossibilité à voir dans le porte-fort un représentant. Sa déclaration de volonté existe *par elle-même*. L'absence d'une déclaration de volonté corrélatrice du représenté ne peut plus empêcher le représentant porte-fort de former lui-même le contrat, puisque, même régu-

(1) PILON, *op. cit.*, n° 31, p. 47. Dans le même sens : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 55.

(2) *Contra*, cependant : PILON, *op. cit.*, n° 32, p. 49 et s.

(3) PILON, *op. cit.*, n° 36, p. 52 et s.

lièrement investi de pouvoirs, un représentant ne disparaît pas derrière la personnalité du représenté et contracte effectivement.

Du côté donc de la nature juridique de la représentation, et à condition d'adopter, dans la controverse, le parti que nous avons dit, notre affirmation que le porte-fort, contractant pour un autre, est un représentant, ne rencontre pas d'obstacle.

Il faut maintenant vérifier si les conditions de la représentation sont réalisées.

9. — II. CONDITIONS DE LA REPRÉSENTATION (1).

A) On ne saurait contester tout d'abord la réalité d'une « *volonté propre* » du porte-fort. Par simple référence à ce que nous venons d'exposer, nous nous bornerons à constater que c'est le porte-fort lui-même qui, en accord avec le co-contratant, établit le rapport juridique dont le tiers est appelé à devenir titulaire. Quand un porte-fort vend le bien de telle ou telle personne, c'est lui et non cette personne, qui pose l'acte volontaire, générateur du contrat.

B) Pareillement « *l'intention de représenter* » ne fait pas défaut : à cet égard, aucune équivoque ne saurait naître. Le co-contratant ne peut pas connaître la moindre incertitude quant à la personne au nom de laquelle le porte-fort agit. La promesse du porte-fort est le meilleur indice de cette volonté de créer des effets de droit dans le patrimoine de telle ou telle personne. La désignation de celui dont la ratification est promise (2), le fait même de s'engager à rapporter cette ratification, indiquent clairement chez le porte-fort l'intention de contracter pour autrui.

(1) V. notamment PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, nos 56 et s. — PILON, *op. cit.*, n° 41 et s., p. 63 et s. — CORBESCO, *op. cit.*, p. 81.

(2) S'il est reçu par un notaire, le contrat avec promesse de porte-fort doit « contenir les nom, prénoms, qualités et demeure » de la personne dont la ratification est promise. En ce sens : Cass. civ., 18 janv. 1848. D. P. 48.1.38. Rennes, 31 août 1841 ; S. 42.2.71. *Contra* : Trib. civ. Belfort, 10 déc. 1861 ; S. 62.2.566.

C) Mais le mécanisme de la représentation comprend avec la volonté propre du représentant, et l'intention de représenter, une troisième pièce essentielle qui fait évidemment défaut : il s'agit du pouvoir conféré préalablement au représentant, soit par le représenté, soit par la loi. Le porte-fort ne trouve en effet dans aucune volonté antérieure, non plus que dans aucune investiture légale, l'habilitation nécessaire.

Dès lors, pourra-t-on dire, en dépit des intentions qui l'infléchissent dans tel ou tel sens, la volonté d'un représentant démuní de qualités, est dénuée de toute puissance créatrice. Faute de la réalisation d'une condition nécessaire, la représentation ne peut pas fonctionner.

L'argument ne serait pas sans réplique, car, si la collation de pouvoirs au représentant est une condition indispensable de la représentation, il ne s'ensuit nullement qu'elle doive être antérieure à la représentation elle-même. Il est communément admis que les pouvoirs peuvent être donnés par la suite (1).

En l'espèce, cette collation ultérieure de pouvoirs prendra la forme de la ratification que le porte-fort, représentant non habilité, s'est engagé à rapporter.

10. — Cette analyse des conditions de la représentation nous permet donc, en définitive, de garder la notion, précédemment proposée, de porte-fort représentant. Il convient simplement de la nuancer.

Si l'on maintient, à propos du porte-fort, ce concept de représentation, il doit être précisé qu'il ne s'agit pas, à proprement parler, de la représentation de la volonté d'autrui, puisque cette volonté habilitante fait actuellement défaut, mais de ce que l'on a appelé « la représentation des intérêts d'au-

(1) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 64 : « Au lieu d'être donné préalablement à l'acte, le pouvoir de représenter peut être conféré après coup : on dit alors qu'il y a ratification ». — PILON, *op. cit.*, n° 95, p. 134 : « ... le pouvoir de représenter doit toujours exister ; mais il peut être soit antérieur soit postérieur au contrat conclu par le représentant ».

trui » (1), étant entendu par là que le fait volontaire du représentant, formateur du contrat, a été dicté par la seule considération des intérêts du représenté, et se trouve subordonnée, quant à son efficacité, à une déclaration de volonté subséquente du représenté.

Comme en matière de gestion d'affaires, la notion de « condition » apparaît à ce point de nos développements. Le porte-fort est un représentant, certes ; en tant que tel, il *contracte* au nom d'autrui, mais, comme il n'est pas investi des pouvoirs nécessaires, l'efficacité de son intervention est soumise à la *condition* que le représenté acceptera que les effets du contrat se produisent intégralement dans son propre patrimoine.

C'est précisément l'absence de pouvoirs chez le représentant qui motive la promesse de porte fort proprement dite.

(1) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 60. Peut-être conviendrait-il de préciser que le porte-fort est, au moment de la conclusion du contrat, un simple représentant des intérêts du tiers au nom duquel il agit, et, conditionnellement, un représentant au sens habituel du mot.

CHAPITRE II

Nature juridique de la promesse de porte-fort.

11. Théorie classique : l'engagement du porte-fort s'analyse en une obligation de faire. — 12. Objection tirée du fait que le porte-fort n'est pas tenu d'une obligation de moyen, mais d'une obligation de résultat. Impossibilité absolue pour le porte-fort de procurer un résultat qui est le fait du tiers, et de lui seul. — 13. Impossibilité rationnelle de baser sur une faute contractuelle les prétendus dommages-intérêts dont serait redevable le porte-fort en cas de refus. Nécessité pratique cependant de ne pas limiter le rôle du porte-fort à celui de simple donneur de conseils. — 14. Solution proposée : substitution, à la notion d'une faute contractuelle, génératrice de dommages-intérêts, de la notion d'un risque contractuel assumé par le porte-fort. Du risque contractuel : analyse de l'opération qui intervient entre le porte-fort et le cocontractant. Liaison entre l'article 1120 et l'article 1997 C. civ. Promesse de porte-fort : promesse d'indemnisation. — 15. Affinité conceptuelle de cette promesse d'indemnisation et du contrat d'assurance des dommages. Véritable caractère de la « clause pénale ». — 16. De la promesse de porte-fort entendue *lato sensu* : contrat aléatoire et indemnitaire. — 17. La promesse de porte-fort n'engendre qu'une obligation conditionnelle de donner. — 18. La promesse de porte-fort et les contrats de garantie. — 19. Parallèle entre la promesse de porte-fort et le cautionnement. — 20. Exposé de la théorie suivant laquelle le porte-fort serait présumé cautionner l'obligation que doit assumer le tiers. 21. Discussion de cette théorie. — 22. La juxtaposition d'une promesse d'indemnisation et d'un cautionnement conditionnel ne peut résulter que d'une clause insérée dans le contrat.

11. — Si l'on entreprend d'examiner la nature juridique de la promesse de porte fort, on ne peut pas ne pas remarquer la concordance des opinions qui se sont cristallisées sur ce point.

Il est communément admis que l'engagement spécifique du porte-fort s'analyse en une obligation de faire qui, en cas d'inexécution, se résout en dommages-intérêts (1). La responsabilité à laquelle s'expose ainsi contractuellement le promettant est l'élément qui permet de valider la promesse, en raison de l'intérêt personnel que son auteur y insère.

L'influence romaine sur une telle conception est visible : la convention de porte-fort est apparue, aux interprètes, comme la reproduction de la clause *se effecturum* (2). Le promettant s'oblige à *faire en sorte* que le tiers assume une obligation dont l'objet peut revêtir les formes les plus variées. Un certain résultat est visé par le stipulant : le promettant s'engage à le lui faire obtenir. Il n'y a donc pas lieu de s'étonner que, dans leur souci de faire entrer la promesse de porte-fort dans une catégorie préétablie, les auteurs se soient presque instinctivement référés à l'obligation de faire.

12. — Un tel procédé de classement, une telle appréciation de la nature même de l'engagement du porte-fort seraient juridiquement irréprochables si le porte-fort devait simplement tenter, auprès du tiers, certaines démarches pour l'amener à assumer l'obligation promise. Mais la grande majorité de la doctrine a généralement reporté plus loin les limites de l'engagement du promettant. Le porte-fort n'est pas seulement tenu de déployer toute sa force persuasive auprès du tiers, de manière que celui-ci accomplisse le fait en considération duquel la promesse est donnée ; il ne sera déchargé de toute responsabilité que s'il obtient effectivement du tiers le résultat qu'il s'est astreint à procurer (3). Si l'on met en œuvre une distinction qui

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, I, n° 132. — DEMOLOMBE, XXIV, n° 220. — LAURENT, XV, n° 543. — DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, V, n° 31 *bis*.

(2) L'influence que nous signalons est particulièrement sensible chez BUENOIR, *Propriété et Contrat*, p. 562.

(3) BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, I, n° 132. — AUBRY et RAU,

a été récemment proposée, ce n'est pas une simple obligation de moyen qui pèse sur le porte-fort, mais une obligation de résultat (1). Demolombe a d'ailleurs synthétisé cette exigence dans une formule fort suggestive : « il ne suffit pas que le porte-fort entreprenne, *il faut qu'il réussisse* » (2).

C'est précisément cette nécessité de réussite qui provoque notre doute, quant à l'exactitude de l'analyse, car enfin, on n'a pas assez remarqué (3) qu'il n'était pas *au pouvoir* du porte-fort de parvenir au but cherché par le stipulant. Le résultat voulu il n'est pas à même de le produire. Certes, il peut en favoriser la survenance, mais il ne peut aller au-delà. Il se heurte en effet à l'autonomie du tiers dont il a promis le fait. Puisque, le plus souvent, la promesse du porte-fort prend figure d'un engagement de « rapporter une signature », il est aisé d'observer qu'il n'appartient pas au porte-fort de fournir la ratification attendue. Singulière obligation de faire, en vérité, que celle qui ne peut être exécutée par celui qui l'assume ! Sans doute, il est des cas où le débiteur d'une obligation de faire ne peut à lui seul, procurer un résultat promis. L'entrepreneur, par exemple, a nécessairement recours aux services d'ouvriers pour accomplir le travail dont il s'est chargé. Mais il importe aussitôt de

IV, § 343 *ter*, note 14 *ter*. — DEMOLOMBE, XXIV, n° 220. — LAURENT, XV, n° 543. — DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, V, n° 31 *bis*. — LAROMBIÈRE, I, s. art. 1120, n° 5.

(1) Sur cette opposition des obligations de moyen et des obligations de résultat, v. DEMOGUE, V, n° 1237, VI, n° 599. — H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, II, n°s 1574 et s. Cf. PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 50 : « Celui qui se porte fort contracte une obligation d'une nature particulière : il promet un résultat ».

(2) DEMOLOMBE, XXIV, n° 220 ; Cf. LAURENT, XV, n° 543 : « Vainement dirait-il (le porte-fort) qu'il a fait tout ce qui dépendait de lui pour obtenir la ratification : dans les obligations de faire, on ne se contente pas de la bonne volonté du débiteur, c'est la *prestation du fait* qui est l'objet de la convention ».

(3) Cf. cependant GIUSEPPE STOLFI (*La promessa del fatto di un terzo*. Article de la *Rivista del diritto commerciale del diritto generale delle obbligazioni*, 1927, I, p. 215).

noter que les possibilités de son choix ne souffrent aucune restriction, quand il doit mettre sous ses ordres ceux qui coopéreront avec lui. C'est par des conventions librement consenties de part et d'autre, qu'il groupe autour de lui ceux dont le concours lui est nécessaire, et la personnalité des exécutants est théoriquement indifférente. Seule la qualité du travail est en question. Aussi bien, par les contrats qu'il passe, l'entrepreneur ne fait que multiplier ses capacités de production et prolonger ainsi sa propre activité. S'agissant d'un porte-fort, au contraire, le caractère anonyme et, en quelque sorte, interchangeable de la personne grâce à laquelle l'obligation de faire serait remplie disparaît complètement ; c'est de la décision du tiers, et d'elle seule, que tout dépend. Si le porte-fort s'est comporté en gérant d'affaires, il a entendu soumettre l'utilité de la gestion au maître seul. Et si le tiers refuse d'accomplir ce qui a été promis, s'il n'accepte pas de ratifier, par exemple, le porte-fort est désarmé.

13. — Dès lors, quel fondement rationnel assigner aux dommages-intérêts que devra verser le porte-fort, s'il ne procure pas l'objet même de l'obligation ? Il n'a pas commis de *faute contractuelle* car, pratiquement, il a assumé une obligation impossible. Ne sera-t-il pas en droit d'invoquer l'adage « *Impossibile nulla obligatio* ». (1)

On ne saurait de toute évidence parler ici de force majeure et prétendre qu'en contractant un engagement dont l'exécution était remise à la discrétion d'un tiers, le porte-fort a pris à sa

(1) M. STOLFI, dans son article précité (p. 208) signale que cette difficulté de justifier le droit à des dommages-intérêts au bénéfice du stipulant avait autrefois provoqué de vives discussions, au sein du « *Sacro Regio Consiglio* » de Naples (*La disputa si accese vivissima in seno al Sacro Regio Consiglio*). Et certains juges étaient d'avis que le promettant qui avait fait tout ce qui était en son pouvoir (*quanto era in suo potero*) pour obtenir les prestations promises devait être exonéré de toute responsabilité (*dovesse esonerato da ogni responsabilita*) car, disaient-ils « *quis promisit factum et SINE CULPA SUA implere non potuit excusatur a poena* ».

charge ce cas de force majeure (1) que constituerait le refus du tiers, car le contenu même de la notion de force majeure se révèle radicalement incompatible avec une telle argumentation. La force majeure est, par définition, un événement imprévisible qui met un obstacle insurmontable à l'exécution d'une obligation (2) Or, en l'espèce, rien n'est prévu avec plus de précision que le refus du tiers, puisque c'est son éventualité même qui donne naissance à la promesse. Et par ailleurs, réserve faite de cette question d'imprévisibilité, la force majeure, en déjouant le cours normal des choses, vient empêcher l'accomplissement d'une obligation qui, *dans le principe, était possible* (3). Dans notre hypothèse, au contraire, c'est dans la convention même que l'impossibilité d'exécution est incluse. A partir du moment où l'on astreint le porte-fort à *faire ce qui ressortit à l'activité juridique du tiers, et à elle seule*, on se heurte à ce concept d'obligation impossible dont la présence condamne à l'impuissance toute tentative d'établir un rapport juridique valable.

Faut-il donc, pour rester en accord avec les principes essentiels de la responsabilité civile, diminuer l'étendue de l'engagement du porte-fort et ne faire jouer l'appareil des sanctions, au profit du stipulant que si le porte-fort n'a pas épuisé tous les moyens, *en son pouvoir*, pour l'obtention du résultat cherché (4)?

(1) Sur cette prise en charge des cas de force majeure par le débiteur, v. PLANIOL et RIPERT, II, n° 233.

(2) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VII, nos 836 et s. — H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, II, nos 1550 et s.

(3) AUBRY et RAU qui adoptent la conception de l'obligation de faire englobant, pour le porte-fort, la nécessité d'un résultat, admettent l'exonération du promettant dans le cas de force majeure (IV, 343 *ter*, note 14 *ter*). Ils donnent comme exemple le cas de l'interdit qui, n'ayant pas recouvré la raison, ne peut accorder la ratification promise. Mais il convient d'observer qu'il s'agit là d'une force majeure qui fait obstacle à la prestation *par le tiers lui-même* du fait promis. Or, celui qui est tenu par l'engagement, celui dont la promesse a fait un *débiteur*, c'est le porte-fort lui-même, ce n'est pas le tiers.

(4) C'est à ce parti que, d'après M. STOLFI (*loc. cit.*, p. 209) le Président du « *Sacro Regio Consiglio* » napolitain s'était finalement rangé. Le pro-

La question présente une indéniable importance, car il ne faut pas se dissimuler qu'en réalité, ce serait priver la promesse de toute efficacité que de réduire le rôle du porte-fort à celui d'un simple donneur de conseils. M. Stolfi note avec finesse les constatations auxquelles étaient arrivés, sur ce point, les juristes napolitains (1). En ne rendant le promettant responsable que de l'inexécution de son propre fait « la promesse du fait d'autrui finissait par ne plus avoir aucune valeur (*finira per non aver alcun valore pratico*). Il est en effet toujours facile à un débiteur de faire la preuve qu'il avait essayé en vain d'obtenir la prestation du tiers (*dimostrare di aver tentato in vano di ottenere la prestazione del terzo*) et d'éviter le paiement des dommages au stipulant ». Sous peine de devenir complètement illusoire, la promesse de porte-fort doit être effectivement une obligation de résultat.

Ainsi semble se révéler une antinomie grave entre les nécessités de la pratique et la rigueur des principes.

14. — A notre avis, un moyen de solution existe. Il est possible de maintenir tout à la fois cette nécessité de réussite dont parle Demolombe, et le droit à une indemnité dont parle l'article 1120 C. Civ., mais c'est à la condition expresse de ne pas situer l'engagement du porte-fort dans le cadre des obligations de faire. Il faut résolument briser toutes les attaches de l'institution que nous étudions avec ses origines romaines. Notre technique moderne n'a pas à respecter les exigences d'une organisation juridique qui a disparu : les volontés des contractants ne se coulent plus aujourd'hui dans le moule rigide de la stipulation et c'est faire aux souvenirs historiques une trop large part que de voir, dans la promesse du porte fort, la réplique ou

blème avait, paraît-il, plongé ce magistrat dans un doute prolongé (*semper dubitavit de hac questione*) et l'exonération du promettant, au cas où il aurait usé de tous les moyens possibles pour procurer le résultat avait, en définitive, apaisé les perplexités du juge, comme « *satis aequa*.

(1) STOLFI, *loc. cit.*, p. 209.

la copie des procédés par lesquels les jurisconsultes romains avaient, fort ingénieusement du reste, validé une opération qui autrement aurait été nulle. A la notion de *faute contractuelle* qui était encore les explications des interprètes de notre Code Civil, mais qui, selon nous, fausse toutes les données du débat, il faut hardiment substituer la notion de *risque* qui nous semble se dégager avec force de l'observation des faits.

Puisqu'encore une fois, la promesse de porte fort s'analyse, le plus souvent, en un engagement de faire ratifier, considérons, dans sa complexité, l'opération juridique à laquelle procèdent le promettant et le stipulant.

Voici un gérant d'affaires qui entreprend de passer, pour le compte d'un tiers, un contrat donné. Il n'est pas douteux qu'en l'absence de pouvoirs chez le représentant, l'affaire revêt, pour le co-contractant, un caractère aléatoire très accentué. Celui-ci va se lier avec une personne qui agit sans qualité au nom d'un tiers, dans l'attente d'une ratification qui ne laisse pas, malgré tout, d'être incertaine. Comme le représentant n'use d'aucun subterfuge, comme il ne se prévaut pas de l'existence imaginaire des pouvoirs nécessaires, le co-contractant qui traite en toute connaissance de cause ne bénéficiera d'aucun recours, par application de l'article 1997 C. Civ. (1).

C'est alors qu'intervient la promesse de porte fort. Le représentant déclare au co-contractant : je ne suis nullement habilité pour agir. Cette absence de pouvoirs fait naître un indéniable *risque*, puisque, jusqu'à la ratification, vous allez être engagé dans le rapport contractuel que nous avons formé par ailleurs (2). Mais *ce risque, je le couvre*. Je m'engage à vous *indemniser* de tout le dommage que pourra vous causer le refus du tiers. Par mon engagement personnel, je vous replace dans la situation où vous vous trouveriez si je m'étais indûment présenté devant vous comme un représentant régulier.

(1) Cf. notamment sur ce point : CORBESCO, *op. cit.*, p. 116. — CARREZ, *La gestion d'affaires en droit civil français*. Thèse Lille, 1911, p. 264.

(2) V. *infra*, n° 34.

Nous ne pensons pas avoir, par cette analyse, déformé en quoi que ce soit les intentions véritables des parties. Mais alors, l'opération ainsi décrite a perdu l'aspect sous lequel elle est ordinairement présentée. En cas de non ratification, le co-contractant ne réclame plus à un débiteur les dommages qui résultent de l'inexécution d'un fait que ce débiteur ne pouvait, en aucune manière, accomplir. Il ne se prévaut pas, à l'encontre du promettant, de l'existence d'une faute contractuelle qui ne pouvait pas ne pas être commise. Il vient simplement demander à *l'assureur d'un risque contractuel* la réparation du dommage que lui a causé la réalisation de ce risque. Le porte-fort s'est engagé dans les conditions que nous avons dites : il doit payer.

Si une telle explication rend exactement compte des faits, on ne saurait désormais plus voir dans l'article 1120 C. Civ. une application pure et simple du principe général posé par l'article 1142 C. Civ., d'après lequel « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur ». La notion même d'obligation de faire doit être écartée et la promesse de porte fort constitue en réalité, une promesse d'indemnisation.

15. — Les mots « *assureur de risque* » ont été employés plus haut. C'est en effet au contrat d'assurance de dommages que la promesse de porte fort, vue sous ce jour, peut s'apparenter. Sans doute ce dernier a des caractères spécifiques qui ne se retrouvent pas ici (1) et nous ne nous prêterons pas à ce jeu de l'esprit qui, dans un but d'assimilation trompeuse, consisterait à instituer un rapprochement entre l'aliénation que le co-contractant fait, en un point donné, de sa liberté contrac-

(1) Cf. HÉMARD, *Traité théorique et pratique des Assurances terrestres*, t. I, n° 42, p. 73 : « L'assurance est une opération par laquelle une partie, l'assuré, se fait promettre, moyennant une rémunération, la prime, pour lui ou pour un tiers, en cas de réalisation d'un risque, une prestation par une autre partie, l'assureur, qui, en prenant en charge un ensemble de risques, les compense conformément aux lois de la statistique ».

tuelle, d'une part, et la prime que verse l'assuré, d'autre part. Nous avons soin de ne pas oublier que le fonctionnement de l'assurance suppose la participation d'un grand nombre d'adhérents (1). Ce que nous voulons seulement signaler, c'est la référence commune de cette promesse d'indemnisation et du contrat d'assurance à ce même concept d'un risque conventionnellement précisé et couvert. En dépit des divergences qui les opposent, tous deux offrent ce trait commun de se rapporter à un même type contractuel.

A considérer les choses sous cet angle, on discerne aisément la vraie nature de cette prétendue « clause pénale », aux termes de laquelle les parties évaluent forfaitairement les dommages-intérêts que devrait verser le porte fort, en cas d'inexécution de son engagement. L'impropriété d'une telle terminologie devient manifeste et par delà les mots, il faut mettre en évidence la réalité qu'ils recouvrent. Si la promesse de porte-fort est vraiment une promesse d'indemnisation, la pseudo-clause pénale n'est que la fixation de la somme jusqu'à concurrence de laquelle « l'assuré » bénéficiaire de la promesse sera indem-

(1) A propos du caractère mutuel de l'assurance, M. HÉMARD, *op. cit.*, n° 56, p. 100, fait l'observation suivante : « Si l'assurance ne devait avoir qu'un caractère isolé, et demeurer une opération individuelle limitée à un seul risque dans les rapports d'un seul assuré et d'un seul assureur, elle créerait pour l'assuré un nouveau risque consistant dans l'insolvabilité de l'assureur, puisque ce serait la fortune personnelle de celui-ci qui répondrait du paiement de l'indemnité ou du bénéfice ; elle déplacerait seulement le risque. Il n'y aurait aucune neutralisation du risque par la répartition sur une masse ». Et il ajoute (note 3) : « *A défaut d'assurance, il pourrait y avoir un contrat aléatoire.* Dans l'exposé des motifs du Code civil, relatif aux contrats aléatoires, Portalis constate que la fin principale de ces contrats est de permettre de transporter à autrui le poids de la responsabilité ». C'est précisément ce *transfert de risque* que nous semble opérer la promesse de porte-fort ; laquelle, en effet, se présente en dernière analyse comme un contrat aléatoire. Le risque qui normalement, par application de l'article 1997 C. civ., serait à la charge du cocontractant qui traite avec un représentant non habilité est assumé conventionnellement par ce représentant, lorsqu'il se porte fort de la ratification ultérieure.

nisé, en cas de survenance de tel événement, expressément visé, préjudiciable au stipulant (1).

Remarquons, au surplus, que l'article 1120 C. Civ., n'est pas incompatible avec la théorie que nous proposons : il convient de noter en effet que le texte légal ne parle nullement de dommages-intérêts, mais d'*indemnité*. Ce qui nous permet de mettre en avant cette notion de contrat indemnitaire, sans faire à la lettre même du Code une inutile violence.

16. — Nous avons raisonné, au cours de cette explication, d'après l'équation : promesse de porte fort = engagement de procurer une ratification. Mais il est évident que si l'on prend la promesse de porte fort dans son sens le plus extensif, une acco-

(1) Il y a là d'ailleurs plus qu'une simple question de mots, et tout intérêt d'ordre doctrinal mis à part, le refus de voir dans la prétendue « clause pénale » la fixation forfaitaire de dommages-intérêts nous paraît devoir engendrer, en pratique, une conséquence importante. Alors que, dans la mise en jeu de la clause pénale proprement dite, il n'y a aucun rapport nécessaire entre le montant de la somme allouée au créancier et l'importance du dommage effectivement subi, et que, par conséquent, le créancier peut obtenir une réparation notablement supérieure au préjudice réel, sans modification possible, par le juge, de la loi contractuelle (PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VII, n° 869), il nous semble nécessaire d'admettre, par l'application analogique d'une règle essentielle du contrat d'assurance de dommages (art. 28, loi du 13 juillet 1930, PLANIOL, RIPERT et LÉPARGNEUR, XI, n° 1332) qu'en aucun cas l'indemnité due par le porte-fort ne saurait dépasser le montant du préjudice causé au bénéficiaire de la promesse. Cf. *infra*, n° 69.

En étudiant la clause pénale que l'on adjoint à une promesse de porte-fort LAURENT, XV, n° 540, déclare : « En réalité, *la clause pénale n'est pas autre chose que la clause de porte-fort...* Celui qui promet le fait d'un tiers en se soumettant à payer une somme pour le cas où le tiers ne tiendrait pas l'engagement, *promet donc de l'indemniser* du préjudice qu'il en souffre ; or c'est précisément là l'effet de l'obligation contractée par le porte-fort, comme le dit l'article 1120 C. civ. ». Plus loin (n° 542) sans faire intervenir cette fois la notion de clause pénale, il analyse en ces termes l'obligation du porte-fort : « Le porte-fort s'engage à indemniser celui à qui il promet qu'un tiers donnera ou fera quelque chose ». LAURENT dégage ainsi la conception de la promesse de porte-fort — contrat indemnitaire. Or, en essayant par ailleurs (n° 543) de délimiter l'étendue de

modation est nécessaire. Elle ne peut plus être présentée comme la couverture du risque que court le co-contractant en traitant avec un représentant sans pouvoirs. Si la promesse de porte fort est un contrat indépendant, il n'y a plus de représentation. La liaison que nous avons établie entre l'article 1120 et l'article 1997 C. Civ. n'a plus de raison d'être.

Toutefois, nous pensons que cette notion de contrat aléatoire et indemnitaire, précédemment dégagée doit être maintenue. Et l'opération peut être ainsi décrite : une personne (stipulant) désire qu'un tiers lui procure tel résultat. Une autre personne se porte fort, envers elle, qu'un tel résultat sera obtenu et s'engage en cas d'insuccès à l'indemniser de tout le préjudice subi.

17. — Une telle manière de comprendre la convention de porte fort élimine de l'obligation du promettant toute nécessité de déployer une activité quelconque en vue du but poursuivi. Sans doute, le porte-fort se trouvera tout naturellement amené à inciter le tiers à remplir l'engagement, de manière que le risque qu'il a couvert ne se réalise pas. Mais sa plus ou moins grande diligence est indifférente. Une seule chose compte : le résultat promis. En aucune manière, le porte-fort ne contracte une obligation de faire. Cela est si vrai qu'on peut très bien imaginer le cas où il sera dégagé de toute obligation, sans avoir jamais abandonné une attitude purement

l'engagement du porte-fort, il adopte la théorie classique : « Le porte-fort s'oblige à *faire ratifier* ; il contracte donc une obligation principale qui consiste à *faire*... s'il ne remplit pas cette obligation, il est tenu à des *dommages-intérêts* ». A notre avis, les deux explications données par LAURENT ne peuvent être conjuguées. Il faut choisir entre elles : ou le porte-fort est tenu conditionnellement à une indemnité, et ne se libère pas en démontrant qu'il a *fait* tout ce qui était en son pouvoir, mais alors l'obligation de faire est éliminée (cf. *infra*, n° 17) ou bien il s'est simplement astreint à prêter un fait, mais alors il reste à prouver l'existence d'une faute contractuelle, génératrice de dommages-intérêts. L'indemnité promise conventionnellement n'a pas le même fondement rationnel que les dommages-intérêts auxquels donnerait lieu l'inexécution d'une obligation de faire.

passive. Soit, par exemple, l'hypothèse où le tiers ratifie un contrat passé par le porte-fort, sans que ce dernier ait même eu à lui conseiller de s'approprier l'opération. Comment alors soutenir que le porte-fort a assumé une obligation de faire, alors qu'il est libéré de tout lien contractuel, sans avoir « fait » quoi que ce soit ?

S'il nous fallait, pour répondre à un besoin de classification, insérer l'obligation spécifique du porte-fort dans une catégorie préétablie, nous pensons qu'il conviendrait tout simplement de parler d'une obligation conditionnelle de donner : le porte-fort s'engage à verser une indemnité, au cas où tel événement, expressément visé par les parties, viendrait à se produire (1).

18. — Ce concept d'un risque volontairement assumé qu'une analyse objective permet ainsi de découvrir dans la promesse

(1) Dans son étude précitée, M. STOLFI (*loc. cit.*, p. 215) a bien mis en évidence la singularité de cette obligation de *faire* qui serait à la charge du promettant : « On n'arrive pas à comprendre, écrit-il, comment on peut parler d'une obligation de faire quand le *faire* n'est pas à la charge du promettant (*quando il FACERE a carico del promittente non esiste*) ». Et il précise : « l'obligation est à la charge du tiers (*esiste a carico del terzo*), mais alors elle sort des pouvoirs du débiteur (*ma allora sfugge ai poteri del debitore*) ». Malgré ces observations, M. STOLFI n'en continue pas moins à classer la promesse du fait d'un tiers parmi les obligations de faire. Et il entend tourner la difficulté qu'il signale en élargissant singulièrement la notion d'obligation de faire (*credo che possa parlarsi di obbligazione di fare se si dà alla parola un significato più ampio*). Il y comprend en effet toutes les obligations qui n'ont pour objet ni la dation d'une chose, ni une abstention (*obbligazioni che non hanno per oggetto nè la dazione di una cosa, nè il non fare*) toutes celles auxquelles les romanistes réservent la qualification de *praestare* (*dolum, culpam, custodiam praestare*) et par conséquent la réparation d'un dommage ou l'obligation de réparer un dommage qui pourra avoir lieu par la suite (*e cioè risarcimento di un danno o obbligo di risarcire un danno che potrà verificarsi in seguito*). Mais, selon nous, la question soulevée n'a pas été résolue par ce procédé d'une extension de la notion d'obligation de faire : si le fait promis est en dehors de la sphère d'activité du promettant, on ne peut plus assigner, comme objet de l'engagement de ce dernier, que la dation conditionnelle d'une chose : l'indemnité, et il ne peut plus s'agir d'une obligation de faire.

de porte-fort se trouve être le lien intellectuel qui réunit tous les rapports contractuels divers que les juristes allemands ont groupés sous le nom générique de contrats de garantie (*garantie verträge*) (1). Tous ces contrats ont, en effet, ceci de commun qu'ils ont pour objet la réparation d'un dommage causé par l'abstention d'un tiers qui n'a pas à en répondre. M. Stolfi, en étudiant la doctrine allemande, cite quelques exemples (2). Nous choisissons celui qui nous paraît le plus caractéristique : une commune, pour décider un médecin à s'installer définitivement, lui garantit un minimum d'honoraires. La clientèle viendra ou non ; le praticien n'en est pas moins assuré de réaliser un certain gain. Selon Gierke, la promesse pour autrui comprend une « garantie du résultat, » (3), mais il y a lieu aussitôt de souligner que ces contrats de garantie se présentent à titre indépendant. Ils impliquent une absence totale de rapports juridiques entre le stipulant et le tiers, à propos duquel le risque est assumé par le promettant. Et c'est en quoi ils s'opposent par une « différence conceptuelle très marquée » (4) aux contrats de garantie d'un autre groupe, qui supposent, au contraire, l'établissement préalable d'une obligation principale qui lie le tiers au bénéficiaire de la garantie conférée. Ces contrats ne jouent qu'un rôle subsidiaire. Ils sont destinés à assurer l'exécution de l'obligation principale. Il n'en est pas de meilleur exemple que le cautionnement.

19. — Le parallèle entre le cautionnement et la promesse de

(1) Comme nous le verrons plus loin, la jurisprudence française a fait appel, dans notre matière, à la notion de garantie. Mais ce mot revêt alors une signification toute différente. Cf. *infra*, n° 58 et s.

(2) STOLFI, *loc. cit.*, p. 219 et les notes.

(3) GIERKE, *Schuldrecht*, p. 405 (cité par STOLFI, *loc. cit.*, p. 220 : « On comprend très bien que Gierke puisse écrire au sujet de la promesse du fait d'un tiers que « dans les cas typiques, celle-ci comporte une garantie du résultat [*una garanzia del successo*], » et que l'objet du *garantie vertrag* puisse être le refus d'exécution du tiers, lorsque celui-ci ne s'est pas obligé »).

(4) STOLFI, *loc. cit.*, p. 217 : « *profonda differenza concettuale* ».

porte-fort est en quelque sorte classique (1). Nous ne le reprendrons ici que dans le double souci de ne négliger aucun aspect de notre sujet, et d'illustrer l'opposition que nous venons de signaler (2).

1^o La caution s'engage personnellement pour le cas où un débiteur n'exécuterait pas son obligation.

L'engagement du porte-fort, au contraire, consiste en ceci qu'il garantit qu'un tiers assumera telle ou telle obligation. Il ne saurait y avoir aucune concomitance entre l'engagement de la caution et celui du porte-fort. L'indemnité n'est due par le porte-fort que si le tiers ne consent pas à se lier envers le stipulant. Les deux rapports juridiques, loin de s'étayer l'un l'autre, s'excluent. A partir du moment où le tiers accepte de s'obliger, le porte-fort est libéré.

2^o La caution peut opposer au créancier le bénéfice de discussion : telle est la conséquence du caractère subsidiaire de son engagement. Tant que le créancier n'a pas épuisé les voies de droit contre le débiteur principal, la caution peut faire jouer l'exception dilatoire (art. 2022 C. Civ.).

Evidemment, le porte-fort ne saurait opposer un tel moyen de défense. Par définition, en effet, le tiers ne doit rien au stipulant et la promesse a uniquement pour but la formation d'un rapport contractuel entre le stipulant et le tiers. C'est justement parce que le stipulant se trouve en présence d'un refus du tiers, qu'il demande au promettant l'indemnité promise.

3^o La caution qui a payé, en l'acquit du débiteur principal, peut exercer son recours contre ce dernier.

(1) PLANIOL et RIPERT, II, n^o 2326. — COLIN et CAPITANT, II, p. 750. — AUBRY et RAU, IV, § 343 *ter*, p. 512 et VI, § 423, p. 216. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, I, n^o 132. — BUFNOIR, *Propriété et contrat*, p. 566 *in fine*. — DEMOLOMBE, XXIV, n^o 221. — LAURENT, XV, n^o 543. — MARCADÉ, IV, n^o 433. — LAROMBIÈRE, I, s. art. 1120, n. 7.

(2) Les différences entre le cautionnement et la promesse du fait d'un tiers ont été mises en relief, avec une netteté particulière, par M. STOLFI, dans son étude précitée (§ 5. *Differenza tra la fideiussione e la promessa del fatto del terzo*, p. 216 et s.).

Un tel moyen est nécessairement refusé au porte-fort. De quel droit viendrait-il inquiéter le tiers ? Il avait espéré que le tiers accepterait de s'obliger. Si le tiers refuse, le porte-fort n'a qu'à s'en prendre à lui-même d'avoir assumé un risque et le dommage étant survenu, le droit à l'indemnité est ouvert.

Comme on le voit, les deux institutions juridiques du cautionnement et de la convention de porte-fort ont deux domaines nettement distincts (1).

(1) La confusion entre ces deux institutions n'en a pas moins lieu parfois : cf. Alger, 15 juillet 1909, D. P. 1912.2.164, où est examinée la question de savoir si deux administrateurs ne se sont pas portés forts du paiement d'une dette sociale. Comme la dette elle-même n'était pas contestée, le débat portait, en réalité, sur l'existence d'un cautionnement. D'autre part, à la suite de M. ESMEIN, *Mélanges de Rome*, VIII, 1888, p. 426-436 (cité par GIRARD, *Manuel Élémentaire de droit romain*, 6^e édit., p. 462) les auteurs de monographies consacrées à la promesse de porte-fort (cf. notamment DE BELLOMAYRE, *La promesse de porte-fort*. Thèse Paris, 1907, p. 3) ont cru devoir signaler un pittoresque précédent de l'institution que nous étudions, dans un passage de l'*Odyssée* (VIII, v. 266 et s.) d'ailleurs interpolé (cf. le commentaire de Victor BÉRARD dans la savante édition qu'il a donnée du poème homérique. *Société d'Édition des Belles-Lettres*, t. II, p. 12). A vrai dire, la lecture du texte est susceptible de provoquer quelque doute quant à l'exactitude de l'interprétation juridique qui a été proposée. Il ne peut s'agir d'entrer ici dans l'analyse de ce que Victor BÉRARD appelle « un conte irrévérencieux ». Rappelons seulement qu'Héphaïstos, ayant convié les dieux de l'Olympe à constater l'adultère de son épouse Aphrodite avec Arès, veut obtenir de celui qu'il tient prisonnier « sous de pesants réseaux » la promesse du paiement d'une rançon. Alors s'engage le dialogue suivant entre Posidon et Héphaïstos — Posidon : « Délivre Arès. *Je promets* devant les Dieux Immortels *de payer le montant total de la somme fixée* (ὑπείσχομαι... τίσειν αἴσιμα πάντα μετ' ἀθανάτοισι θεοῖσι) » — Héphaïstos : « Devant les dieux Immortels, quel moyen de contrainte aurai-je contre toi, quand Arès envolé oubliera dettes et chaînes ? » — Posidon : « Si Arès prend la fuite, en se déroband au paiement de sa dette (χρεῖως ὑπαλύξας) c'est moi qui te paierai (αὐτός τοι ἐγὼ τάδε τίσω) ». Il nous semble difficile de voir là un engagement de porte-fort. On ne saurait parler, à notre avis, que d'un cautionnement : Posidon ne promet, en aucune manière, qu'Arès consentira à s'obliger. Il promet seulement de payer la dette (à caractère pénal) qui pèse sur Arès, en cas de défaillance du débiteur principal.

20. — Pourtant, une tentative a été faite, en vue de les mettre successivement en œuvre, à propos de l'engagement qu'une personne prend de procurer le fait d'autrui (1).

Il n'a pu s'agir, bien entendu, de nier la réalité des différences qui viennent d'être signalées, mais on s'est efforcé de souder l'une à l'autre, pour ainsi dire, l'obligation du porte-fort et celle de la caution.

Une telle opération n'était évidemment pas concevable dans l'hypothèse où le tiers refuse de s'engager. S'il ne consent pas à ratifier, il va de soi que la caution ne saurait être astreinte, même à titre subsidiaire, à garantir l'exécution d'un contrat que le principal intéressé ne veut pas prendre pour son compte.

Mais si le tiers accepte, s'il ratifie l'opération que le porte-fort a conclu en son nom, on voit poindre la possibilité d'un cautionnement. Nous avons affirmé plus haut que l'engagement du porte-fort s'éteignait par cela seul que le rapport obligatoire était définitivement établi entre le stipulant et le tiers. C'est cette libération du porte-fort par l'adhésion subséquente du tiers que l'on a révoquée en doute. On a prétendu que la promesse de porte-fort contiendrait l'engagement conditionnel de cautionner l'obligation principale que le tiers doit assumer. L'étendue de l'obligation du porte-fort se trouverait de la sorte singulièrement élargie. Même dans le cas où le droit à l'indemnité ne prendrait pas naissance, dans le cas d'acceptation du tiers, le porte-fort serait encore tenu, mais cette fois *comme caution*.

Cette théorie repose principalement sur un argument de texte. On a fait remarquer que l'article 1120 pose le principe du droit à une indemnité au profit du stipulant, « si le tiers refuse de *tenir l'engagement* ». Et on a ajouté : « Tenir son engagement, qu'est-ce que cela si ce n'est exécuter l'obligation que l'on a contractée ? Qu'est-ce pour le tiers, si ce n'est rem-

(1) La théorie dont nous allons faire l'exposé critique a été soutenue et longuement développée par M. TAMBOISE, dans son ouvrage précité, notamment p. 49 et s.

plir les conditions d'un contrat qu'il a fait sien en ratifiant? » (1). Et MM. Baudry-Lacantinerie et Barde, qui avaient affirmé que « tenir l'engagement, c'est se l'approprier » (2), se sont attiré cette boutade : « Façon commode de se débarrasser d'un mot encombrant ! Vainement, on chercherait dans la langue française un autre cas où le mot « tenir » serait employé dans le même sens ! »

21. — Si l'on place le débat sur le plan exclusivement juridique, on ne laisse pas d'être frappé par la singularité d'une méthode d'interprétation qui consiste à prélever, sur une phrase d'un texte légal, quelques mots et à les « solliciter » dans un sens favorable à ses propres conceptions, sans se préoccuper du sens général de la phrase elle-même. Or, l'article 1120 C. Civ. est ainsi conçu : « Néanmoins, on peut se porter fort pour un tiers en promettant le fait de celui-ci, sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort, ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement ».

Deux observations doivent immédiatement être faites :

1^o Il est clair que les rédacteurs du texte ont voulu prévoir l'hypothèse où le tiers n'assumerait pas l'engagement à propos duquel la promesse de porte-fort a été faite ; le droit à l'indemnité est la conséquence normale du refus du tiers.

Si l'on entre au contraire dans le système que nous critiquons, on s'aperçoit que cette hypothèse normale n'est plus prévue. Une sanction n'est édictée que pour le cas où le tiers, ayant accepté de s'obliger, n'exécute pas l'obligation. Pour le cas plus fréquent, et plus pratique, où le tiers n'accepterait même pas de s'obliger, le texte serait muet. Ce serait là, pour le moins, une anomalie (3).

(1) TAMBOISE, *op. cit.*, p. 59.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, I, n^o 150.

(3) On peut même dire que c'est toute la théorie de la promesse pour autrui qui serait ruinée, si une telle exégèse de l'article 1120 C. civ. était admise, car le fait à raison duquel la convention serait passée con-

2° A supposer même que la deuxième partie de la phrase de l'article 1120 C. Civ. prévoit, non le cas d'un refus pur et simple du tiers, mais celui d'un manquement à une obligation souscrite, il faudrait expliquer comment le porte-fort peut bien être tenu alors à une *indemnité*. S'il était caution, il serait tenu subsidiairement au paiement de la dette principale. Il faudrait dépouiller le mot « indemnité » de son sens ordinaire, pour l'appliquer au versement dont le porte-fort-caution serait tenu, en cas de défaillance du débiteur principal.

Si maintenant l'on situe le débat sur le plan grammatical, force est de reconnaître que l'expression « tenir l'engagement » peut être facilement défendue, même si on y veut voir l'équivalent d'assumer l'obligation. Il suffit de rappeler l'expression « tenir un pari » pour s'apercevoir qu'il est des cas où, dans la langue française, le verbe « tenir » revêt une signification voisine de celle que lui ont donnée les rédacteurs de l'article 1120.

A titre d'argument supplémentaire, il est vrai, on a fait valoir que l'institution du porte-fort verrait singulièrement s'accroître sa force d'expansion, si l'on acceptait cette interprétation (1). Nous nous demandons, au contraire, si l'on ne devrait pas craindre un résultat exactement inverse : il est peu vraisemblable qu'une opération, basée sur un indéniable risque,

sisterait, non plus dans le consentement du tiers à s'obliger, mais *dans l'inexécution par ce tiers de l'obligation qu'il serait susceptible d'assumer*. L'article 1120 C. civ. aurait alors la signification suivante : on peut garantir, par un cautionnement conditionnel, l'exécution d'une obligation que contractera un tiers. Il est bien évident, en raison même de la place que tient l'article 1120 dans le Code civil, que ce n'est pas là ce que ses rédacteurs ont voulu dire. Ce qu'ils ont eu en vue, c'est la *manifestation même du consentement du tiers*, c'est la prise en charge par ce tiers d'une obligation déterminée. Il convient de se rappeler que, comme nous l'avons dit *supra* n° 20, la question du cautionnement ne se pose que lorsque l'adhésion du tiers n'est plus en jeu. Vouloir donc utiliser, en le déformant, l'article 1120 C. civ. pour trancher le problème de l'existence d'un cautionnement, c'est renoncer à son emploi pour régler le mécanisme du contrat indemnitaire conclu à raison du *consentement éventuel du tiers à s'obliger*.

(1) TAMBOISE, *op. cit.*, p. 49. .

se développera quand ce risque aura encore été étendu, et sans doute y a-t-il quelque paradoxe à prétendre qu'on se portera fort plus volontiers parce qu'on sera tenu aussi bien dans l'hypothèse de l'acceptation que dans celle du refus du tiers.

Qui voudra, désormais, se porter fort, si les charges assumées sont aussi lourdes ?

22. — Cette théorie n'a éveillé aucun écho dans la jurisprudence. Abstraction faite de la fragilité du raisonnement sur lequel elle s'appuyait, elle se heurtait pratiquement à deux objections graves :

1^o La loi n'admet pas le cautionnement tacite : « Il ne se présume pas », dispose l'article 2020 C. Civ.

Dès lors, en l'absence d'une volonté explicite, on ne pouvait pas dire que le porte-fort, passant un contrat au nom d'un tiers, prenait l'engagement de garantir l'exécution des obligations que ce tiers assumerait en ratifiant.

A cela il a été répondu : « Si l'on admet notre opinion, l'expression « se porter fort » et autres équivalentes, seront simplement autant de façons nouvelles d'exprimer la volonté de se porter caution » (1).

Il est aisé de répliquer que c'est tout simplement résoudre la question par la question. Et, en l'espèce, la question est justement de savoir si le porte-fort est une caution.

Sans doute, il n'y a pas de formule sacramentelle, pour la constitution de caution. Mais il est incontestablement nécessaire qu'à travers les termes employés, on discerne nettement cette intention de garantir le paiement d'une obligation principale.

2^o Et voici précisément, à notre sens, la raison primordiale pour laquelle n'a pas abouti cette tentative curieuse d'accroître l'étendue de l'engagement du porte-fort : une telle extension ne reflète nullement l'intention véritable des parties. Lorsqu'un porte-fort passe un contrat pour autrui, il n'entend nullement

(1) TAMBOISE, *op. cit.*, p. 53.

accepter la charge supplémentaire de garantir au co-contractant, l'exécution des obligations qu'assumera le tiers, en ratifiant (1).

Ce n'est pas à dire que cette juxtaposition d'une promesse d'indemnisation et d'un cautionnement conditionnel, soit rationnellement et juridiquement impossible (2). On peut très bien concevoir que les contractants l'établissent. Ce que nous avons seulement essayé de démontrer, c'est que ce cumul de la qualité de porte-fort et de caution ne peut résulter que d'une clause expresse, insérée dans le contrat.

(1) La jurisprudence a eu à connaître d'une espèce où le porte-fort était effectivement tenu du paiement de la dette (Paris, 30 nov. 1907. D. P. 1908. 2. 84). Dans cette hypothèse particulière, une personne avait signé un billet à ordre en se portant fort de procurer la signature d'une tierce personne. La Cour de Paris a condamné le porte-fort au paiement du montant du billet. Cette solution trouve une double justification : d'une part le préjudice causé était égal au montant du billet impayé, d'autre part, le porte-fort était tenu, comme signataire de l'effet (articles 140 et 187 C. de com. cbn.) ; Cf. art. 821 C. suisse des obligations : « Celui qui sans mandat, signe au nom d'un tiers, un engagement figurant sur une lettre de change, est obligé *personnellement* comme le serait le prétendu mandant, s'il avait donné mandat » ; Cf. également l'article 8 du projet de loi uniforme annexé à la convention signée le 7 juin 1930, en vue de l'unification du droit en matière de lettres de change et de billets à ordre (Projet de loi, n° 447. Sénat, 1932) : « Quiconque appose sa signature sur une lettre de change, comme représentant d'une personne pour laquelle il n'avait pas le pouvoir d'agir est obligé lui-même en vertu de la lettre, et, s'il a payé, a les mêmes droits qu'aurait eus le prétendu représenté. Il en est de même du représentant qui a dépassé ses pouvoirs ».

(2) En ce sens notamment : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 50. — JOSSE RAND, II, n° 267. — LAURENT, XV, n° 543. Certaines législations positives font du promettant une caution sous condition ; Cf. notamment l'article 111 du C. suisse des oblig. (dont la rédaction nous paraît d'ailleurs justiciable des critiques formulées *supra*, n° 21, p. 41, n. 3) : « Celui qui promet le fait d'un tiers est tenu à des dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part de ce tiers. » (V. sur ce point VIRGILE ROSSEL, *Manuel de droit civil suisse*, t. III, p. 144).

CHAPITRE III

De la preuve de la promesse de porte-fort.

23. Deux systèmes : I) Présomption ; II) non présomption. — 24. Recherche d'une position plus exacte du problème. Distinction proposée : I) Cas où la promesse de porte-fort est un pacte adjoint à un contrat principal : nécessité d'une intention formellement exprimée ; II) Cas où la promesse est une convention indépendante : question de savoir si les parties ont réellement entendu contracter.

23. — La question de la preuve de la promesse du porte-fort n'engendre pas de difficultés moindres que celle de la détermination de son contenu. L'examen de la doctrine sur ce point révèle l'existence de deux théories opposées.

I. Dans un premier système, on soutient que l'engagement du porte-fort doit être *présumé* (1). En se référant aux origines romaines de l'institution, Pothier (2) déclare : « on *présume facilement* que celui qui a promis qu'un tiers donnerait ou ferait quelque chose n'a pas entendu *pure de alio promittere* mais qu'il a entendu *promittere de se*, c'est-à-dire promettre qu'il se faisait fort de ce tiers, quoique cela ne soit pas exprimé. » Comme la promesse du fait d'autrui n'est juridiquement efficace que dans la mesure où le promettant s'est engagé person-

(1) V. notamment : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 49. — BUFNOIR, *Propriété et contrat*, p. 564. — DEMOLOMBE, XXIV, n° 221. — DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, V, n° 31 bis. — MARCADÉ, IV, nos 430-431.

(2) POTHIER, *Traité des obligations*, I, chap. I, § 56.

nellement, on est en droit de penser que les parties ont entendu donner à leur manifestation de volonté, le maximum d'effet. L'article 1156 C. Civ. fournit à cet égard un argument séduisant : « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun. » Or, en l'espèce, c'est la validité même de la convention qui est en jeu. Il s'agit de savoir si l'incorporation d'un intérêt personnel du promettant lui permet de produire des conséquences juridiques. Par surcroît, on a fait remarquer que le mot « porte-fort » n'avait rien de sacramentel, et qu'il pouvait être remplacé par une expression équivalente (1).

II. La théorie antagoniste (2) s'appuie surtout sur l'article 1119 C. Civ. qui prohibe la promesse pour autrui. Dès lors, que l'article 1120 C. civ. précise les conditions dont la réalisation assure la validité de la convention, il faut bien admettre, soutient-on, qu'il y a des cas où une promesse pour autrui est donnée, sans que ces conditions soient obtenues, et par conséquent sans qu'il y ait engagement spécifique d'un porte-fort.

En second lieu, on a opposé à l'argumentation basée sur l'article 1157 C. civ. cette réplique que ce n'est pas tant l'interprétation de la clause qui est en jeu que son existence même. Ce qu'il importe de déterminer, c'est si le promettant du fait d'autrui a entendu, ou non, se constituer le débiteur personnel du stipulant.

Par ailleurs, dans cette controverse où les textes jouent un rôle prépondérant, on n'a pas manqué de faire intervenir l'article 1162 C. civ., d'après lequel les contrats doivent être interprétés dans le sens le plus favorable au débiteur. Et, de toute

(1) Cf. PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 49. — DEMOLOMBE, XXIV, nos 214 et 215. — LAROMBIÈRE, I, art. 1120, n. 2 (lequel propose notamment comme équivalent : « promettre sous sa garantie personnelle »).

(2) V. notamment : AUBRY et RAU, IV, § 343 *ter*, note 4. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, I, n° 131. — LAURENT, XV, n° 533.

évidence, on ne saurait montrer plus de sollicitude envers le débiteur qu'en refusant d'admettre en principe qu'une dette a été réellement souscrite.

Pour toutes ces raisons, une partie de la doctrine a ainsi écarté une présomption dont on a fait remarquer qu'elle ne trouvait pas de fondement ni de justification dans le texte légal lui-même.

Telles sont les deux thèses en présence, entre lesquelles la stipulation d'une « clause pénale » ménage un terrain d'accord ; on reconnaît généralement que toutes les difficultés relatives à la preuve même de la promesse s'évanouissent dès qu'une « clause pénale » figure dans la convention. La fixation forfaitaire de l'indemnité que le promettant doit éventuellement verser au stipulant est considérée comme le signe non équivoque de la volonté qu'a le promettant de s'obliger personnellement (1).

24. — A propos du débat qui s'est ainsi constitué au sujet de la preuve, et dont les données viennent d'être exposées avec toute l'objectivité possible, on ne peut s'empêcher de formuler la même remarque qu'à propos de la détermination de la nature de l'obligation du porte-fort : les souvenirs romains ont dominé le problème à tel point qu'on peut craindre qu'ils n'en aient faussé la solution. Par un curieux phénomène de survivance, des institutions juridiques depuis longtemps éteintes continuent de s'imposer aux interprètes, comme si elles fonctionnaient toujours. Il ne semble pas douteux, en effet, que, pour les auteurs, l'article 1119 C. Civ. réitère simplement l'antique défense des promesses pour autrui, et que l'article 1120 offre uniquement un moyen technique de valider la promesse, analogue à la clause *se effecturum*. De la sorte, toute la question est de savoir, en présence d'une promesse

(1) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 49. — AUBRY et RAU, IV, § 343 *ter*, texte et note 5. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, I, n° 131. — BUFNOIR, *Propriété et contrat*, p. 566. — DEMOLOMBE, XXIV, n° 217. — LAURENT, XV, n° 540.

pour autrui, si l'on doit présumer que la clause *se effecturum* ou sa réplique moderne y a été insérée.

Nous estimons, au contraire, qu'on ne peut pas continuer de poser la question en ces termes, si vraiment la promesse de porte-fort s'analyse en une promesse d'indemnisation. A notre avis, il faut renoncer à ne voir les choses que sous l'angle d'institutions qui ne sont plus. Sans négliger, par un condamnable esprit de système, les précieux enseignements que procure l'histoire, nous estimons qu'il faut, avant tout, partir de l'observation des faits tels qu'ils se déroulent dans le cadre de notre droit positif.

Or, cette observation des faits nous a déjà permis d'entrevoir la diversité des conditions d'emploi de la promesse de porte-fort. Tantôt elle est une convention principale, tantôt au contraire, elle est un simple pacte adjoint à une gestion d'affaires avec représentation. Et l'on trouve ainsi le principe d'une distinction qui nous paraît susceptible de faciliter singulièrement la solution du problème de la preuve.

I. Lorsque la promesse de porte-fort consiste en un engagement de procurer une ratification, le système de la présomption ne saurait être accepté. On peut même dire qu'il serait rationnellement indéfendable. Lorsqu'un gérant d'affaires passe un contrat, au nom d'un tiers dont il promet le consentement, il est clair que le complément d'une promesse de porte fort n'est nullement nécessaire. On peut fort bien concevoir que le co-contractant accepte de courir le risque qui dérive du défaut d'habilitation du représentant. L'accord de volontés du co-contractant et du gérant d'affaires se situe alors tout simplement dans le cadre de l'article 1997 C. Civ. Le co-contractant sait pertinemment à quoi il s'expose : il peut fort bien ne pas imposer au représentant, et le représentant peut refuser, le contrat indemnitaire que constitue la promesse de porte-fort. L'engagement du porte-fort aurait simplement pour effet de rendre moins hasardeuse la position juridique du co-contractant qui, au moyen d'une garantie personnelle du représentant, serait assuré de ne

subir aucun dommage. Mais cette garantie, génératrice de sécurité pour le co-contractant, peut fort bien n'être pas fournie. En l'absence d'une promesse de porte-fort, le contrat, que le représentant aurait passé pour le compte du tiers, sera aussi valablement consolidé par une ratification ultérieure que si, effectivement, il y avait eu une promesse. La Cour de cassation (1) s'est d'ailleurs prononcée en ce sens. Elle a déclaré « valable un contrat, bien que le promettant ne se fut pas porté fort pour ses frères et sœurs pour qui il avait agi ». Elle a ainsi séparé le contrat principal d'une promesse qui, loin d'en faire nécessairement partie intégrante, peut ne pas l'accompagner (2).

La conclusion s'impose : pour que le représentant soit tenu envers le co-contractant, au cas de refus du tiers, il faut qu'il ait signifié clairement son intention précise de couvrir le risque créé par son absence de pouvoirs. C'est ainsi qu'un jugement du Tribunal de Bourges du 24 février 1832 (3), contient l'exigence très nette d'une « intention formellement manifestée. » Bien entendu, le mot même de porte-fort n'est pas d'un emploi nécessaire. On peut recourir à des termes équivalents, mais il faut que ceux-ci révèlent sans ambages la volonté chez le représentant, d'indemniser éventuellement son co-contractant (4).

II. La question, telle que les auteurs l'ont examinée, ne se pose vraiment avec acuité que lorsque la promesse de porte-fort constitue un accord de volontés, sans aucun lien avec un

(1) Req., 9 novembre 1853. D. P. 1854.5.514.

(2) AUBRY et RAU, IV, § 343 *ter*, note 4. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, I, n° 140. — BUFNOIR, *Propriété et contrat*, p. 567. — LAURENT, XV, n° 547.

(3) D. *Juris. gén.* V° *Obligation*, n° 3830. S. 32.2.539.

(4) L'examen de la jurisprudence révèle un cas (Cass. civ., 11 avril 1877. D. P. 77.1.199) où une personne avait déclaré acquérir un immeuble, au nom et comme mandataire d'une autre. En fait, elle n'était munie d'aucun pouvoir. Après la mort du pseudo-mandant, l'Administration de l'Enregistrement entendit que le bien acquis figurât dans l'actif de la succession. Et la Cour de cassation repoussa la prétention du pseudo-mandataire qui voulait se faire reconnaître la qualité de porte-fort. Mais

autre contrat. Lorsque l'on ne veut voir dans l'engagement du porte-fort qu'un procédé technique de validation d'une promesse pour autrui, on se heurte, en effet, à la nécessité d'opter entre les deux systèmes antagonistes de la présomption et de la non-présomption.

Mais si l'on reconnaît à la promesse de porte fort son caractère de promesse d'indemnisation, il semble qu'il faille modifier les données du problème. D'après l'analyse que nous avons faite, le fait d'un tiers ne peut pas, à strictement parler, constituer l'objet d'une obligation, puisqu'un tel objet est hors de l'atteinte du promettant. Sauf à donner plus loin un relief plus accusé à cette conception (1), il convient de noter d'ores et déjà que l'article 1119 C. Civ. constate une impossibilité (du moins en ce qui concerne la promesse pour autrui), bien plutôt qu'il n'édicte une prohibition. Ce qui est au *pouvoir* du promettant, c'est de se lier contractuellement, à raison du fait d'un tiers. Dans ces conditions, se demander si deux personnes, en contractant, ont eu en vue l'accomplissement du fait d'un tiers, sans qu'il put en résulter aucun effet de droit, c'est purement et simplement poser la question de savoir si, en fait, elles ont voulu contracter (2).

Et voici précisément comment il nous paraît que le problème doit être présenté : l'auteur de la promesse et son bénéficiaire ont-ils réellement voulu, ou non, passer un accord qui fût générateur de conséquences juridiques ? On peut fort bien imaginer que la promesse du fait d'autrui ne dépasse pas le domaine

aucune doctrine ne peut être dégagée de cette décision, relativement au point qui nous occupe, car il s'agit là de la mise en œuvre des théories purement fiscales de la propriété apparente et des contrats imparfaits (V. PILON, *Principes et technique des droits d'enregistrement*, nos 522 et s. et 648 et s.).

(1) V. *infra*, n° 73.

(2) Comme le remarque M. GOUNOT (*Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*. Thèse Dijon, 1912, p. 140) « la volonté ne s'exerce jamais à vide, pour le plaisir de s'exercer » ; cf. BEUDANT, *C. de dr. civ. franç.*, t. III, n° 930, p. 576.

des rapports de mondanité ou de simple courtoisie. Mais alors il ne s'agit plus d'obligation, avec le sens technique que ce mot revêt dans le langage juridique. Il s'agit tout au plus de pure obligeance.

Reprenons l'exemple classique de la personne qui s'engage envers une autre à ce que le propriétaire d'un fonds voisin émonde ses arbres. L'auteur de la promesse peut, dans le but de rendre service à un ami, promettre de se servir des bons rapports qu'il entretient avec ledit propriétaire pour procurer le résultat cherché. Mais l'accord ne se situera pas nécessairement sur le plan juridique. Il peut en aller de cet engagement comme de tous ceux que l'urbanité et la politesse donnent journellement l'occasion de prendre. Dans de telles hypothèses, les sanctions juridiques ne sauraient de toute évidence être mises en œuvre, lorsqu'un manquement se produit.

Tout le débat est en somme dominé par une question d'intention : les parties ont-elles réellement voulu contracter ? Si la réponse est affirmative, si l'accord est de nature spécifiquement juridique, il trouve inéluctablement sa place dans le cadre de l'article 1120 C. Civ. A vouloir le faire entrer dans le cadre de l'article 1119 C. Civ. on mutile les volontés et l'on transporte la convention du plan juridique sur le plan extra-juridique. Sous peine de perdre le nom même de contrat, un accord de volontés, qui est conclu à raison du fait d'un tiers, ne peut prendre que la forme d'une promesse d'indemnisation, laquelle est, au surplus, soumise aux règles générales de la preuve.

CHAPITRE IV

De la promesse de porte-fort dans la pratique.

25. Rôle effacé de la promesse de porte-fort, en tant que convention indépendante. — 26. La promesse de porte-fort est le plus souvent faite par un représentant sans pouvoirs qui conclut un contrat pour autrui. Examen de la pratique: qui se porte-fort, pour qui. — 27. Dans quels contrats. — 28. Capacité du porte-fort représentant. — 29. Conséquences des enseignements de la pratique, quant à l'orientation de la suite de l'étude. Plan des deuxième et troisième parties.

25. — L'étude qui vient d'être faite des éléments constitutifs de la promesse de porte-fort et de son mécanisme permet désormais d'envisager l'institution sous son aspect concret et de décrire le rôle qu'elle joue et la fonction qu'elle remplit dans notre organisation juridique.

Le domaine d'application possible de la promesse de porte-fort, lorsque celle-ci se présente sous la forme d'une convention principale est extrêmement étendu. Le fait du tiers, à propos duquel intervient l'intervention du porte-fort, peut prendre les caractères les plus variés (1) : prestation, absten-

(1) Dans une espèce curieuse (Douai, 3 décembre 1912. S. 1914.2.218, note J.-A. Roux) se manifeste cette « variété » que nous signalons : par un contrat en date du 19 mai 1911, Benoît Carpentier et Descamps s'étaient portés forts de faire disputer au fils mineur de B. Carpentier, Georges Carpentier, trois combats de boxe. « Sa notoriété s'étant accrue, le jeune boxeur avait traité avec un autre entrepreneur de combats » et les promettants furent actionnés en paiement d'une indemnité. Il convient d'ailleurs de noter qu'ils opposèrent à la demande l'exception d'illicéité tirée

tion (1). Une série quasi-indéfinie de combinaisons peut être envisagée, et, rationnellement, une seule limite doit être assignée : l'illicéité du fait promis. Lors même que toutes les conditions techniques nécessaires seraient réalisées, il va de soi que l'engagement du porte-fort serait nul si l'objet de l'obligation que doit assumer le tiers était illicite, si le fait, à raison duquel l'engagement est consenti, devait comporter une atteinte aux bonnes mœurs et impliquer la violation d'une règle d'ordre public.

Mais si larges qu'elles paraissent être, les chances de développement de la promesse de porte-fort, en tant que contrat indépendant, sont restées à peu près théoriques. Les recueils de jurisprudence ne nous offrent que des espèces assez rares. La réglementation du recrutement militaire au siècle dernier avait favorisé l'éclosion de conventions par lesquelles des agents s'obligeaient à trouver un remplaçant à telle ou telle personne appelée sous les drapeaux (2). On n'y peut plus trouver aujourd'hui qu'un intérêt rétrospectif.

C'est peut-être dans le droit des Sociétés que la promesse de porte-fort, entendue *lato sensu*, est susceptible d'être le plus fréquemment utilisée aujourd'hui. Il advient, par exemple, qu'un groupe d'actionnaires, détenteurs de la majorité des titres, se porte fort, envers telle ou telle personne, d'obtenir de l'assemblée générale telle ou telle décision : un quitus à tel administrateur, une nomination à telle fonction. Mais précisément, de semblables conventions se heurtent à une objection

de la nature du fait promis (sur ce dernier point v. la note précitée de M. Roux).

(1) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 49. — AUBRY et RAU, IV, § 343 *ter*, p. 511. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, I, n° 134. — DEMOLOMBE, XXIV, n° 218. — LAURENT, XV, n° 542. Dans le même sens : Cass. civ., 24 octobre 1905. D. 1906.1.153 ; S. 1910.1.485 (« on peut se porter fort pour l'accomplissement de toute espèce de faits susceptibles de former l'objet d'une convention »).

(2) Sur la licéité de tels contrats, v. G. RIPERT, *De la règle morale dans les obligations*, n° 24.

très forte, tirée de leur illicéité possible, car, en définitive, elles s'analysent en des engagements d'émettre un vote et de fixer la majorité dans un sens déterminé et la jurisprudence la plus récente paraît s'opposer aux combinaisons ingénieuses qui ont pour effet de porter une atteinte plus ou moins directe à la souveraineté de l'assemblée et d'entraver la liberté et l'indépendance des délibérations (1).

En fait, la promesse de porte-fort n'a révélé d'utilité que dans la mesure où elle a pu servir à l'établissement d'un rapport contractuel où le promettant et le stipulant avaient le commun désir de faire entrer un tiers. Nous employons à dessein cette formule indécise pour y comprendre même l'hypothèse où le porte-fort et le stipulant se contentent de poser les bases d'un contrat qui ne se formera que plus tard, par l'acceptation du tiers (2).

Mais il nous faut tendre vers une plus grande netteté, pour qu'apparaisse vraiment l'utilité pratique de la promesse du porte-fort. Il faut dire : la promesse de porte-fort s'est surtout révélée d'un emploi souple et fécond, lorsqu'elle a pris la forme d'un engagement de procurer la ratification d'un tiers.

Nous avons précédemment exposé le schéma de l'opération : une personne *A*, démunie des pouvoirs nécessaires, passe avec *B*, pour le compte de *C*, qu'elle représente bénévolement, un contrat qui est destiné à lier *B* et *C*. A titre de garantie, *A* se porte fort envers *B* que *C* ratifiera.

26. — En partant de ces simples données, on discerne aisément les nécessités auxquelles s'est trouvée satisfaire, en réalité, la promesse de porte-fort. Si le représentant a dû se présenter devant son co-contractant, sans l'habilitation voulue, c'est qu'il s'est heurté à des impossibilités juridiques. A une époque où la transmission des déclarations de volonté s'opère

(1) Cf. notamment Lyon, 26 nov. 1931, *Journ. des Soc.*, 1932, p. 411 ; Trib. com. Seine, 8 mars 1928, *Journ. des Soc.*, 1928, p. 670.

(2) Cf. *supra*, n° 4, p. 10, note 2.

par des procédés aussi variés que rapides, le défaut de pouvoir pour agir ne saurait guère provenir d'un obstacle matériel. Si le représenté ne manifeste pas actuellement sa volonté de contracter, c'est qu'il est juridiquement inapte à le faire.

Sans doute, le législateur a organisé la représentation des incapables, et tous les actes qui intéressent la conservation et la gestion de leur patrimoine peuvent être régulièrement réalisés. Mais une réglementation minutieuse a été établie. Un immeuble appartenant à un mineur peut être vendu, mais à condition que soient observées les dispositions des articles 457 et suivants C. Civ. Le partage d'une indivision où un mineur a des droits peut avoir lieu, mais à condition de suivre la procédure judiciaire. Un réseau extrêmement serré de prescriptions légales vient ainsi protéger les intérêts des incapables.

La promesse de porte-fort, précisément, est apparue aux praticiens comme un moyen commode de réagir contre ce formalisme. Si justifiées, en principe, que puissent être les mesures de protection qui ont été établies, elles se révèlent souvent, en fait, inopportunément gênantes, et exagérément coûteuses. Elles s'opposent à la réalisation, dans les conditions de liberté désirable, d'opérations qui, cependant, sont susceptibles de procurer à l'incapable un indéniable avantage. C'est alors que ne se voyant pas octroyer par les textes une habilitation suffisante, les représentants légaux ont eu recours à l'artifice de la promesse de porte-fort. Ils ont cherché à retrouver dans l'art. 1120 C. Civ. une partie de cette activité juridique que venaient entraver d'autres dispositions légales. (1) Leur refus de se plier aux

(1) V. notamment sur ce point PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, I, n° 252. Pour des raisons analogues, les administrateurs de Sociétés anonymes ont parfois recours, eux aussi, à la promesse de porte-fort. La rapidité des transactions commerciales exige d'eux, en certaines circonstances, qu'ils dépassent leurs pouvoirs, et ils concluent une affaire, excédant les limites de leur mandat, en se portant forts de la ratification ultérieure de l'assemblée générale. L'opération juridique qui intervient alors ne laisse pas d'être assez curieuse, car, dans la mesure de leur droit de vote, les promettants se trouvent être *en fait*, ceux-là mêmes qui

exigences du Code les laissait, en définitive, démunis de pouvoirs. Ils ont donc passé un contrat, pour le compte d'un incapable comme s'ils possédaient effectivement ces pouvoirs, et se sont portés forts qu'une ratification ultérieure interviendrait.

C'est dire que la promesse de porte-fort est le plus souvent donnée par des tuteurs à raison d'actes où sont intéressés des mineurs. Bien entendu, le dépouillement de la jurisprudence permet d'enrichir cette donnée initiale : on voit, dans certaines décisions, la promesse de porte fort émaner ou d'un mari (1), ou d'un frère, (2) ou même d'une personne complètement étrangère au tiers représenté (3). Ce qui est vrai, c'est que, le plus souvent, des rapports de famille, ou, tout au moins, d'intérêt, unissent le promettant au tiers pour lequel il s'est porté fort.

D'un autre côté, la personne dont la ratification est promise n'est pas nécessairement incapable. Mais c'est évidemment le cas le plus fréquent. Il n'est pas sans exemple qu'une promesse de porte-fort ait été faite pour un interdit (4) : elle est, dans une telle hypothèse, d'une efficacité très problématique, car elle implique la croyance, chez les parties, que l'aliéné recou-

exécutent la promesse. Sans doute, le maniement des abstractions juridiques permet de rétablir ici les distinctions nécessaires, en décelant l'intervention de qualités qui se réalise en la personne de chacun des promettants : ils se portent forts, en tant qu'administrateurs, d'une ratification qu'ils décident, en tant qu'ils participent aux délibérations de l'assemblée. Et en regard de la volonté des administrateurs, on trouve la volonté collective de cette assemblée. Mais on ne saurait dissimuler tout le côté artificiel d'une telle analyse, surtout dans l'hypothèse, très fréquente, où les administrateurs disposent, en réalité, de la majorité des voix. Et pour les motifs qui ont été indiqués plus haut (V. *supra*, n° 25 *in fine*) à propos de l'emploi, en matière de sociétés, de la promesse de porte-fort entendue *lato sensu*, la validité d'une telle manière de procéder n'est pas en dehors de toute contestation (V. dans le sens de la licéité de la promesse de porte-fort dans de telles conditions : Rennes, 28 octobre 1931. *Journ. des Soc.*, 1932, p. 275, note P. Cordonnier).

(1) Bordeaux, 21 août 1848. D. P. 49.2.40 ; S. 1848.2.721.

(2) Req., 9 nov. 1853. D. P. 54.5.514.

(3) Req., 15 juill. 1889. S. 89.1.412.

(4) Req., 25 mars 1852. D. P. 1854.1.392 ; S. 52.1.385. — Limoges, 22 juillet 1896. D. P. 99.2.93 ; S. 99.2.262.

vrera un jour ses facultés intellectuelles. On peut observer, par ailleurs, des cas où le statut juridique de celui dont la ratification est promise se place en marge des catégories nettement établies. Nous voulons parler des êtres congénitalement atteints de débilité mentale, qui ne sont pas en mesure de donner un consentement valable, qui sont donc inaptes à jouer un rôle dans la vie juridique mais pour lesquels les familles répugnent, dans un sentiment que l'on devine, à engager la procédure régulière de l'interdiction. Les chances de ratification sont alors infimes, et, comme nous le verrons, la question de la licéité de l'opération peut être soulevée dans ce cas particulier (1).

27. — Si maintenant l'on essaie de préciser la nature des différents contrats à propos desquels la promesse de porte-fort peut être mise en œuvre, on peut être tenté de poser en principe : tous les contrats où la représentation peut avoir lieu. Nous avons essayé en effet de démontrer que le porte-fort, lorsqu'il conclut un contrat pour autrui, est un représentant, mais la formule donnée est trop large. Il y a des cas où la représentation ne peut fonctionner que lorsque le représentant doit, préalablement, être muni de pouvoirs précis et en forme. Sans aborder ici le problème particulier que soulève cette hypothèse, il est loisible d'évoquer d'ores et déjà le cas du contrat de mariage. Le mandataire d'un futur époux doit, pour que la représentation soit efficace, être porteur d'une promesse spéciale et authentique. Faute de quoi, le contrat est radicalement nul (2).

Nous sommes ainsi amené à la proposition suivante : la promesse de porte-fort ne peut être utilisée qu'à l'occasion de contrats qui, conclus par un représentant sans pouvoirs, sont susceptibles d'une ratification subséquente. En fait, la promesse de porte-fort se rencontre généralement dans des contrats de

(1) Cf. *infra*, n° 151.

(2) Cf. *infra*, n° 115.

vente d'immeubles pour le compte de mineurs — dans des partages — et donations-partages où les mineurs sont intéressés.

28. — Quant à la capacité qui est exigée, il ne peut s'agir que de celle de droit commun. Puisque le promettant s'engage à indemniser le stipulant des conséquences dommageables de l'inaccomplissement de tel ou tel fait par un tiers, il faut qu'il se trouve dans les conditions requises pour contracter valablement. Mais une remarque doit être faite : c'est parce qu'il se porte fort que le représentant doit être pleinement capable. S'il se contentait de conclure un contrat pour autrui, on ne saurait exiger de lui que le discernement suffisant pour déclarer une volonté propre (1).

29. — Quand on veut synthétiser les enseignements que fournit cette première enquête, menée à travers les manifestations de la pratique, on arrive à cette constatation que la promesse de porte-fort trouve son principal emploi, sous la forme particulière d'un engagement indemnitaire pour le cas de non-ratification. Comme convention principale, elle ne joue qu'un rôle effacé et ses manifestations ne sont que sporadiques. Elle ne remplit une fonction vraiment intéressante que *lorsqu'elle s'ad-joint à une gestion d'affaires*.

Cette observation nous paraît importante, à tel point qu'elle doit inspirer la suite de nos développements.

Le processus normal de notre étude devrait nous conduire à envisager successivement les conséquences qui dérivent, pour les rapports du stipulant et du promettant, de l'acceptation ou du refus du tiers d'exécuter le fait à propos duquel la promesse a été donnée. Toutes les difficultés auxquelles la promesse peut donner lieu désormais, gravitent autour de cette alternative.

Mais quand la convention de porte-fort n'a pris naissance

(1) Sur la capacité du représentant, V. notamment PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 58. — PILON (*op. cit.* sur la représentation), n° 43.

qu'à l'occasion de la formation d'un contrat principal, il n'en va pas de même. Loin de former le centre du sujet, elle est entraînée, en quelque sorte, dans l'orbite du contrat principal. Avant tout, un contrat a été conclu entre le co-contractant et le représentant sans pouvoirs d'un tiers et c'est le sort de ce contrat qui doit d'abord entrer en ligne de compte. L'interprète doit examiner en premier lieu la réaction de la ratification, ou de la non-ratification, sur le contrat lui-même. Quant aux effets que la décision du tiers déclenche sur les rapports qui dérivent, entre les contractants, de l'engagement spécifique du porte-fort ils sont nécessairement relégués au second plan. L'affectation spéciale que la pratique a donnée à la promesse de porte fort entraîne une sorte de modification des perspectives, quant à l'objet même de notre travail. Ce n'est pas à dire que nous devons cesser de considérer la promesse de porte-fort, entendue *lato sensu*, et sous la forme d'un contrat indépendant, mais nous ne pourrions noter que de façon incidente les particularités qu'elle est susceptible de présenter dans cette hypothèse. Pour garder le contact avec la réalité juridique, il nous faut ordonner principalement notre étude en vue de la solution des problèmes nombreux que pose le contrat principal, accompagné d'une promesse de porte-fort dont il est la raison d'être.

Ceci posé, deux remarques doivent être faites :

1^o La situation juridique, née de l'accord du co-contractant et du représentant porte-fort, se développe dans le temps. Elle reste incertaine jusqu'à la décision du tiers. « Deux périodes seront donc à considérer : celle qui précède la décision (du tiers), celle qui la suit » (1).

2^o Quand on examine, d'après les données de la jurisprudence, la vie même des contrats où la clause de porte-fort trouve son emploi, on est frappé par la diversité extrême des résultats obtenus. Tel contrat, comme la vente, est susceptible

(1) SAVATIER, *loc. cit.*, p. 65.

d'engendrer, grâce à une ratification subséquente, tous les effets voulus par le co-contractant et le porte-fort. Tel autre, comme la donation ou le contrat de mariage, équivaut au pur néant. L'explication est simple : chaque contrat compose un petit univers juridique, régi par ses lois propres et l'on comprend dès lors très facilement, *à priori*, que les volontés du co-contractant et du porte-fort suscitent des réactions ou provoquent des conséquences très différentes, suivant les cas. Il est des hypothèses où pour être créatrice, la volonté doit obéir à certaines exigences formelles qui ne trouvent pas leur satisfaction chez un simple porte-fort. Il n'en reste pas moins qu'à défaut d'une notion centrale qui lui permette tout à la fois de vérifier et de coordonner les résultats qui s'offrent à lui, l'interprète hésite devant les contradictions qu'il découvre. Force est donc d'élaborer, avant d'entreprendre toute autre recherche, cette notion centrale. Une telle nécessité nous a imposé la méthode suivante :

Quitte à encourir le reproche de faire la part trop large aux abstractions, il nous a paru indispensable de considérer tout d'abord une sorte de contrat-type, conclu entre le co-contractant et le représentant porte-fort, sans préciser la nature des obligations qu'il serait susceptible d'engendrer, et qui l'individualiseraient pour en faire : ou une vente, ou un louage de choses, ou une constitution d'hypothèque. Pour la fin qui a été ci-dessus précisée, il n'y aura lieu de voir dans le contrat qu'un simple accord de volontés, étant entendu qu'il sera assorti d'une promesse de porte-fort.

Comme, selon la remarque précédemment faite (1°), un élément de durée doit intervenir, comme la détermination du tiers modifie une situation juridique préexistante, il conviendra, pour respecter la chronologie, d'envisager tour à tour :

A) Le contrat lui-même jusqu'à la ratification ;

B) Les effets sur ce contrat : a) ou de la ratification ; b) ou du refus de ratification.

Par ailleurs, la décision du tiers, dans tel ou tel sens, a une

incidence directe sur la promesse du porte-fort. Il faudra donc étudier les conséquences qu'engendre la détermination du tiers sur les rapports qui auront été établis entre stipulant et promettant.

Nous aurons ainsi essayé de construire une théorie du contrat pour autrui, en fonction duquel la promesse de porte-fort aura été étudiée, et tel sera l'objet d'une *seconde partie*.

Grâce à ce moyen d'investigation, il nous sera alors plus aisé de procéder à l'étude particulière de chacun des contrats où la promesse de porte-fort a été le plus souvent, ou de la façon la plus caractéristique, appelée à jouer son rôle propre. Par une démarche nécessaire, il nous faudra confronter la théorie avec les faits ; c'est à quoi sera consacrée une *troisième partie*.

DEUXIÈME PARTIE

Théorie générale du contrat pour autrui avec promesse de porte-fort.

Il s'agit de ce que la doctrine comme la loi a négligé par un excès d'analyse : du contrat pour autrui, qui n'est pas l'opération exclusivement bonne comme la stipulation pour autrui, mais l'opération mélangée avec son bon et son mauvais côté, ce qui est infiniment plus concevable.

DEMOGUE (*Notions fondamentales de droit privé*, p. 495).

CHAPITRE PREMIER

Valeur juridique du contrat pour autrui avant la ratification.

30. Position du problème. Son intérêt. — 31. Les éléments de solution. — 32. Théorie de l'offre. Les deux formes sous lesquelles elle a été présentée. Son insuffisance. — 33. Théorie de l'avant-contrat. Son défaut d'adaptation exacte à la situation juridique née de l'accord du cocontractant et du représentant sans pouvoirs. — 34. La solution ne peut être élaborée que par la mise en œuvre de la conception de la représentation selon laquelle la volonté du représentant se substitue à la volonté du représenté : c'est la volonté du représentant sans pouvoirs qui, par sa rencontre avec celle du cocontractant, forme le contrat. Valeur de ce contrat : il n'est pas parfait — mais virtuel — et inopposable au tiers représenté. Il ne peut être révoqué par *mutuus dissensus* du représentant et du cocontractant. — 35. Le contrat virtuel et la théorie des nullités. — 36. Hypothèse particulière où le porte-fort est le tuteur de la personne dont la ratification est promise : question de savoir si le contrat conclu ne devra pas être réputé annulable. — 37. Les solutions jurisprudentielles du problème : système adopté par la Cour de cassation ; système adopté par certaines Cours d'appel dissidentes. — 38. Solution proposée : le contrat passé par un tuteur qui représente irrégulièrement le mineur reste dans le cadre de la théorie générale du contrat pour autrui, il est simplement virtuel. — 39. Parallèle entre le contrat virtuel et le contrat conditionnel.

30. — Un contrat — abstraction faite de la promesse d'indemnisation qui l'accompagne — a été conclu entre le cocontractant et le représentant sans pouvoirs : quelle est sa valeur juridique ? Une situation juridique est née de ce contrat : comment la caractériser ? Tel est le problème essentiel qui se pose dès l'abord.

Sans nier l'intérêt qui peut s'attacher à une telle recherche, on pourrait être tenté de ne voir là qu'un jeu de l'esprit, si bien qu'en qualifiant cette question d'« essentielle », nous en aurions grossi démesurément l'importance. On pourrait être tenté de dire en effet : puisque le porte-fort et le co-contractant sont d'accord pour soumettre le sort du contrat à la décision du tiers, les choses resteront en l'état, jusqu'à la ratification attendue et promise. Aucune prestation ne sera fournie. La composition respective des patrimoines du co-contractant et du tiers ne subira aucune modification. A quoi bon, dès lors, s'occuper d'un contrat qui n'engendre actuellement aucun effet de droit ?

L'observation des faits et l'examen de la jurisprudence commandent d'écarter une telle manière de voir. On aurait tort de croire que les actes passés ainsi par le co-contractant et le représentant porte-fort constituent de pures entités, n'offrant aucune prise immédiate sur le réel, n'entraînant, d'ores et déjà, aucun mouvement de valeurs. Très souvent au contraire, ils reçoivent un commencement d'exécution. En cas de vente, par un porte-fort, il arrive que l'acquéreur, sans attendre la ratification, entre en possession de la chose. De même si, dans un partage, une personne s'est portée fort pour un co-indivisaire mineur, il advient que les attributaires exercent immédiatement leurs droits respectifs, à titre privatif, sur chacun des lots. Or, nous avons déjà posé ce principe que, jusqu'à la ratification, la liberté de détermination du tiers pour lequel on s'était porté fort reste entière (1). Dans ces conditions, comment concilier cette autonomie, cette indépendance du tiers avec cette tendance constante du contrat à se traduire dans les faits, à se projeter ainsi, d'ores et déjà, dans la réalité ? N'y a-t-il pas lieu de se demander si un accord, que l'on sent nécessaire, ne pourrait pas être établi entre la réalité et les constructions juridiques ? Point à noter : c'est dans cette période où la volonté du tiers

(1) Cf. *supra*, n° 6 et *infra*, n° 57.

ne peut pas être encore connue, que les litiges naissent le plus souvent. S'il y a procès, c'est à l'occasion du contrat principal conclu entre le co-contractant et le représentant sans pouvoirs, bien plutôt qu'à raison de la promesse de porte-fort elle-même, telle que nous avons essayé de l'analyser. Les véritables difficultés, aussi bien dans l'ordre théorique que dans l'ordre pratique, se révèlent à propos du contrat principal lui-même, et, le plus volontiers, dans cette période indécise qui précède le moment de la ratification.

Aussi bien, cette ratification ne peut-elle prendre tout son sens, que si l'on a déterminé, au préalable, avec exactitude, la situation juridique qu'elle vient modifier. Elle est un complément, un parachèvement. Encore faut-il, pour tracer nettement les limites de son domaine et mesurer ses effets, avoir apprécié d'abord la valeur actuelle du contrat qu'elle a pour but de parfaire.

31. — Les monographies ou études consacrées aux contrats assortis de la promesse de porte-fort ne nous fournissent guère d'éléments de solution. On n'y trouve que des indications brèves ou pittoresques : « contrat provisoire » note M. Savatier (1). « *Contractus claudicans* » disent Aubry et Rau (2). D'un autre côté, la jurisprudence, pour les raisons que nous avons précédemment exposées, donne des réponses dont la variété peut sembler, au premier abord, déconcertante. « Acte nul, acte inexistant, acte annulable ». On peut y découvrir toute la gamme des nullités. Comment, dès lors, s'orienter au milieu de ces incertitudes ?

A vrai dire, le problème ne revêt cet aspect de nouveauté que si on le pose à l'occasion de la promesse de porte-fort. Il a, au contraire, été examiné avec soin (3), à propos de la gestion

(1) SAVATIER, *loc. cit.*, p. 65.

(2) AUBRY et RAU, II, § 209, p. 432, note 5.

(3) V. notamment : LABBÉ, *Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires*. — PILON, *op. cit.*, nos 212 et s. — CARREZ,

d'affaires et c'est en quoi, précisément, peut être féconde la reconnaissance de la qualité de gérant d'affaires à la personne qui contracte pour autrui, en se portant fort de la ratification

Diverses théories ont été échafaudées que l'on peut grouper selon un ordre ascendant, puisqu'elles vont de la négation même de l'existence d'un contrat à la notion positive et hardie d'un « contrat parfait ».

32. — I. THÉORIE DE L'OFFRE. — La théorie la plus ancienne qui ait été proposée, et qui a eu récemment encore des défenseurs, est celle de l'offre. Certains auteurs (1) ont prétendu que jusqu'à la ratification, il n'y avait pas de contrat, mais simplement une offre de conclure un contrat. La prétendue ratification du tiers ne serait au fond qu'une acceptation de cette offre, et c'est le moment de la ratification qui marquerait la naissance du contrat à la vie juridique. Jusqu'à ce que se manifeste la volonté, actuellement déficiente du tiers, rien ne serait créé, aucun rapport juridique ne serait établi et, conséquence toute naturelle, dès lors qu'il n'y aurait qu'une simple pollicitation, celle-ci pourrait être retirée.

Mais, s'il y a une offre, de qui émane-t-elle ?

Si l'on adoptait une première explication, on pourrait raisonner ainsi : c'est le porte-fort qui offre au tiers de s'approprier l'opération qu'il vient de passer. Il a établi les bases d'un accord, et provoque l'adhésion du tiers. Mais, jusqu'à ce que cette acceptation soit obtenue, le porte-fort peut changer de volonté. Il peut révoquer son offre et recueillir pour lui-même le bénéfice du contrat.

La Gestion d'affaires en droit civil français. Thèse Lille, 1911, p. 231 et s.

Dans la discussion qui va suivre, nous transposerons pour le cas particulier du contrat conclu par un porte-fort les solutions qui ont pu être proposées pour la gestion d'affaires sous condition de ratification, en général.

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, I, n° 121. — LAURENT, XV, n° 549. — LAROMBIÈRE, I, s. art. 1120, n° 1. — DELAMARRE et LE POITVIN, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, t. II, n° 140.

Ce système que Delamarre et Le Poitvin ont élaboré à propos du contrat de commission (1) ne saurait être retenu. Il ne peut se concilier avec les intentions des parties. Le porte-fort gérant d'affaires n'intervient que pour suppléer à l'absence, ou remédier à l'incapacité momentanée de la personne au nom de laquelle il agit. Lorsqu'il traite avec le porte-fort, le co-contratant ne voit en lui que sa *qualité de représentant du tiers*. Et le porte-fort lui-même n'a en vue que de gérer les *intérêts du tiers*. Le porte-fort « libre de sa détermination, aurait pu préférer son propre avantage à celui du tiers. Mais s'il a déclaré se constituer le représentant d'autrui, s'il a désigné une personne comme devant être partie au contrat, il a épuisé son droit, il a déterminé irrévocablement à qui seul, la ratification intervenant, le contrat profitera » (2). N'ayant pas acquis le bénéfice du contrat, il n'a rien à offrir (3). Dans bien des cas d'ailleurs, la réalité résisterait à une telle interprétation. Il suffit d'évoquer ici l'hypothèse où le porte-fort, étranger à l'indivision, procèderait, au nom d'un co-indivisaire mineur, au partage des biens. Il est clair que dans ce cas, le porte-fort ne pourrait pas, par un changement de volonté, faire l'affaire sienne.

Reste alors l'autre interprétation (4) : c'est le co-contratant qui est l'auteur de l'offre. Le porte-fort ne serait qu'un agent de transmission, il jouerait simplement le rôle de porteur de la sollicitation. Il se contenterait de donner connaissance du contrat au tiers. Il a, il est vrai, promis l'acceptation de ce dernier. Mais il est sans pouvoirs à l'égard de l'opération envisagée elle-même. De sa part, point de révocation possible. Le sort du con-

(1) DELAMARRE et LE POITVIN, *loc. cit.*

(2) LABBÉ, *op. cit.*, n° 51.

(3) LABBÉ, *loc. cit.* : « Pour que le gérant fût réputé offrir à l'absent le bénéfice du contrat, il faudrait que ce bénéfice lui fût acquis et qu'il fût le maître d'en disposer. Or, précisément, il n'a rien acquis, puisqu'il n'a rien stipulé et qu'il a déclaré agir pour autrui. La ratification ne formera donc pas un contrat entre le gérant et le maître qui ratifie. Ce ne pourrait être qu'une rétrocession. »

(4) TOULLIER, IV, n° 30.

trat est soumis, jusqu'à la déclaration de volonté du tiers, au libre vouloir du co-contractant qui, auteur de l'offre, n'a pas besoin de l'accord du porte-fort pour anéantir ce qui a été fait.

Cette explication encourt le reproche essentiel de modifier complètement les positions juridiques respectives du co-contractant et du porte-fort (1). Elle implique une véritable dénatura-tion des intentions du porte-fort. En gérant les affaires du tiers, en s'instituant bénévolement son représentant, il n'entend, en aucune manière, se mettre au service du co-contractant dont il ferait connaître les offres. C'est en considération des intérêts du tiers seul qu'il a agi.

Sans doute, seule la volonté du co-contractant a la plénitude de puissance suffisante pour assumer immédiatement les obligations dérivant du contrat. Et par une démarche toute naturelle de la pensée, on s'attache uniquement à cette volonté, en face de laquelle ne se dresse pas une volonté correspondante, également efficace pour la formation du contrat. Si bien que l'on nie qu'il y ait contrat, et que l'on prétend qu'il y a, sous ce pseudo-contrat, une simple sollicitation.

Mais quelles que soient les modalités qu'elle affecte, cette théorie de l'offre porte le poids de son ancienneté, et il n'est que trop aisé de discerner son inspiration individualiste et exé-gétique (2). Elle repose, en effet, sur une interprétation littérale de l'article 1108 C. civ. qui énumère, parmi les conditions essentielles pour la validité d'une convention, « le consentement de la personne qui s'oblige ». Comme la ratification n'a pas encore fait entrer définitivement le tiers dans le cercle contrac-tuel, comme le consentement d'une des personnes intéressées est encore attendu, on conteste l'existence d'un contrat. Mais

(1) PILON, *op. cit.*, n° 214, p. 317.

(2) La Chambre des requêtes a d'ailleurs repoussé cette théorie de l'offre dans un arrêt du 11 mars 1879. D. 81.1.35 : « S'il est permis de rétracter une offre non acceptée, ce principe était sans application à la cause... puisqu'il s'agissait d'un contrat conclu et d'une signature apposée. »

on omet de se demander si l'activité juridique du porte-fort ne pourrait pas être douée d'un certain pouvoir créateur. Le rôle du porte-fort, dans la conception que nous exposons, se réduit à donner la promesse d'indemnisation. En dehors de cet engagement personnel, son pouvoir est nul. Il ne concourt pas à l'établissement du rapport juridique qui doit relier le co-contractant et le tiers. C'est du même coup repousser la double affirmation que nous nous sommes efforcé de justifier : 1^o le porte-fort, lorsqu'il conclut un contrat pour autrui, est un représentant ; 2^o dans le cas de représentation, c'est le représentant lui-même qui, par son accord avec le co-contractant, forme le contrat.

33. — II. THÉORIE DE L'AVANT-CONTRAT. — Ainsi donc, dans la forme trop logique et trop simplifiée qu'elle avait reçue, la théorie de l'offre a été jugée insuffisante. Une tentative a été faite, en vue de l'assouplir et de la perfectionner. La notion d'avant-contrat a été élaborée (1). Elle se relie à une conception du contrat qui lui donne son vrai sens. Dans le système classique, le contrat se forme en un instant idéal, par la fonction simultanée de deux volontés. Si bien qu'avant cette rencontre, aucun contrat n'existe, mais qu'après elle, tous les effets attachés à l'accord de deux consentements peuvent se développer pleinement. Du seul point de vue rationnel, une telle manière de voir a été l'objet de critiques subtiles. Kant, dans la *Doctrine du droit*, s'est efforcé de démontrer l'impossibilité conceptuelle de cette simultanéité des consentements (2). Et, d'autre part,

(1) V. sur la théorie générale des avant-contrats : DEMOGUE, II, n^o 463 et (plus spécialement pour ce qui est des actes passés par un gérant d'affaires), III, n^o 11. — E. LEDUC, *Des avant-contrats*. Thèse Paris, 1909 ; cf. également : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n^o 144 et s. (*promesse de contrat*).

(2) KANT, *Doctrine du droit*, trad. BARNI, p. 105 (cité par E. GOUNOT, *le Principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, p. 155) : « Ni la volonté particulière du promettant, ni celle de l'acceptant ne suffisent pour que ce qui appartient au premier puisse passer au second. Il faut pour cela la réunion de deux volontés et, par conséquent, leur déclara-

on a pu reprocher à l'analyse, communément admise, d'être plus riche d'abstraction que d'observation. Une certaine conception sociale du contrat a été dégagée (1). On a remarqué que, le plus souvent, les contrats ont, en fait, une formation successive qui exige un temps plus ou moins long. Une première déclaration de volonté a lieu qui ne trouvera que plus tard devant elle une déclaration de volonté correspondante. Mais si elle est déjà constatée par une personne qui représente des intérêts opposés (2), elle devient irrévocable. Le consentement du deuxième contractant fait défaut ? Mais ce n'est pas une raison pour que la première déclaration de volonté n'ait pas, elle-même, une valeur durable, telle que son auteur soit définitivement engagé. S'il n'y a pas un contrat, il y a du moins un *avant-contrat*. Pour avoir été, en quelque manière, enregistrée et stéréotypée par celui qui en constate, ou même en provoque, la manifestation, la sollicitation originaire acquiert une fixité qui manque à l'offre pure et simple. Cette dernière a perdu sa révocabilité essentielle. Celui qui a déclaré sa volonté ne peut plus revenir sur elle. S'il meurt, ses héritiers mêmes

tion simultanée. Or, cette simultanéité est impossible dans les actes juridiques de la déclaration, lesquels se succèdent nécessairement dans le temps et ne sont jamais simultanés. En effet, si j'ai promis et que l'autre veuille maintenant accepter, je puis, dans l'intervalle, (si court qu'il soit) m'être repenti de ma promesse, puisque je suis encore libre avant l'acceptation ; pour la même raison, l'acceptant ne doit pas, de son côté, se tenir obligé par la déclaration qui a suivi la promesse. Ces formalités extérieures (*solemnia*) suivies dans la conclusion du contrat, comme de se toucher réciproquement la main ou de briser ensemble une paille (*stipula*) et toutes les confirmations faites de part et d'autre de la déclaration antérieure, prouvent au contraire l'embarras des contractants sur la manière de représenter comme existant *simultanément*, dans le même moment, des déclarations qui sont toujours nécessairement subjectives : ce qu'ils ne peuvent pas faire d'ailleurs précisément parce que ce sont des actes qui se succèdent toujours dans le temps et que quand l'un a lieu, l'autre ou bien n'est pas encore ou bien n'est déjà plus. »

(1) V. notamment GOÛNOT, *op. cit.*

(2) DEMOGUE, II, n° 479.

sont engagés (1). Sans doute, dans sa forme actuelle, l'avant-contrat ne peut donner naissance à des droits purs et simples, mais seulement à des droits d'une efficacité moindre auxquels seule l'adhésion régulière du second contractant pourra conférer un jour le maximum de puissance. M. Demogue a proposé le vocable de « droits éventuels » (2) qui les caractérise avec justesse. Quand le consentement, actuellement déficient, sera donné, il y aura transmutation de l'avant-contrat en un contrat organiquement complet. Mais, il importe de le noter, c'est à ce moment-là seulement que le contrat sera formé, l'avant-contrat n'étant qu'une sorte de projet.

Appliquons maintenant cette notion à la situation particulière que nous examinons : une personne *A* est décidée à conclure tel contrat avec une autre personne *B*. Il ne peut s'agir d'obtenir sur le champ une réalisation parfaite et définitive de ce contrat, car le consentement de *B* fait défaut. Le porte-fort *C*, qui a connaissance de cette volonté bien précise et bien délimitée de *A*, qui même a pu en favoriser la manifestation, l'enregistre, la fixe. Il en prend acte. Il établit, en accord avec *A*, toutes les bases du contrat que *B* s'appropriera plus tard. S'agit-il d'une vente ? *A* s'engage à vendre à *B* moyennant tel prix et sous telles conditions, tel immeuble. Tous les matériaux du contrat sont déjà réunis, composent un ensemble qui sera soumis au consentement de *B*. Une promesse de vente, dans le sens technique du mot, a été faite, un avant-contrat formé. Le véritable contrat prendra naissance lors de l'adhésion de *B*.

Une telle construction juridique marque indéniablement un progrès sur la théorie de l'offre. Sous l'empire des conceptions exégétiques, la seule volonté ou du porte-fort ou du co-contractant était capable d'anéantir ce qui avait été fait.

Suivant l'une ou l'autre de ces interprétations (offre émanant de *C* porte-fort et soumise au tiers *B*, ou bien, offre émanant du

(1) DEMOGUE, II, n° 510 et III, n° 11.

(2) DEMOGUE, I, n° 128, II, n° 506 et *des Droits éventuels*. Rev. tr. de dr. civ., 1905, p. 723.

co-contractant éventuel *A* et transmise à *B* par l'intermédiaire de *C*), il était au pouvoir de l'un ou l'autre des pollicitants (*A* ou *B*) d'effacer les conséquences d'un engagement antérieur, de telle sorte que l'existence du contrat projeté se trouvait soumise aux variations de l'une ou l'autre volonté. Dans le cadre de l'avant-contrat, en revanche, une indiscutable stabilité est assurée. La volonté du pollicitant est, pour ainsi dire, prisonnière des formes où elle s'est glissée. Le rôle du gérant d'affaires qui, par ailleurs, s'est porté fort de l'acceptation ultérieure du tiers *a*, en somme, consisté à concrétiser, sous une forme durable, la volonté du co-contractant éventuel. Tout a été préparé en vue de l'adhésion du tiers et jusqu'à cette adhésion, le projet de contrat échappe aux influences destructives qui eussent anéanti une offre pure et simple.

Dans ces conditions, la notion d'avant-contrat semble susceptible d'être retenue. Basée sur une sorte de conception réaliste de la formation des contrats, elle paraît s'adapter sans effort à la situation juridique qui dérive de l'accord du co-contractant et du gérant porte-fort.

Et pourtant, nous n'hésitons pas à l'écarter en raison de son désaccord profond et irréductible avec les intentions des parties, telles qu'elles se manifestent ordinairement.

Lorsque nous avons essayé de préciser les conditions d'emploi de la convention de porte-fort, nous avons signalé l'hypothèse où l'auteur de la promesse, ne passe pas, en fait, avec le stipulant et au nom du tiers, un contrat, mais se contente de fixer les conditions et de déterminer la structure et le contenu d'un contrat qui sera ultérieurement accepté par le tiers. Le fait à propos duquel l'engagement du porte-fort est prévu, consiste alors en une *acceptation* et non en une ratification (1). Mais généralement ce n'est pas sous ce jour que l'opération se présente

(1) V. *supra*, n° 4, p. 10 note 2 ; cf. à titre d'exemples : Req., 6 mars 1905. D. P. 1910.1.362 (promesse de vente). Trib. civ. Seine, 29 avr. 1924. D. H. 24.404.

et la recherche à laquelle nous nous livrons vise l'explication de la généralité des hypothèses.

Selon les données mêmes du problème précédemment posé, le porte-fort ne se borne pas à recueillir l'offre d'un contractant éventuel en garantissant qu'une acceptation correspondante aura lieu dans un délai donné. Il ne se soucie pas de fixer une offre dans des formes telles que désormais aucune rétractation ne soit possible. Pour reprendre l'exemple cité plus haut, le porte-fort *C* ne dit pas au vendeur *A* : je prends acte de ce que vous transférerez à *B*, lorsque celui-ci sera majeur, la propriété de tel immeuble, moyennant tel prix, et, pour couvrir le risque que vous courez par une offre irrémissible, je m'engage à vous indemniser du préjudice que pourra vous causer le défaut d'acceptation de *B*.

L'initiative du porte-fort va plus loin. Il se substitue hardiment au tiers. Il s'immisce dans le patrimoine de ce dernier. De son propre mouvement, et sous sa propre responsabilité, il s'institue, dans les conditions que nous avons définies, le représentant du tiers. Il déclare à l'aliénateur *A* : j'acquiers au nom de *B* et pour son compte, tel bien, moyennant tel prix. Il ne s'agit pas ici d'un simple projet de contrat, mais d'un contrat d'ores et déjà formé.

Et si nous marquons cette opposition qui pourrait apparaître comme une vaine complication d'analyse, c'est qu'elle recouvre une différence essentielle : dans le système de l'avant-contrat, la date de formation du rapport juridique ne saurait être antérieure à l'acceptation du tiers (1). Quelque caractère de permanence qui ait été imprimé à l'offre initiale, le lien contractuel n'est pas formé, en l'absence d'une déclaration de volonté corrélative à la première. D'après la description, au contraire, que nous avons

(1) DEMOGUE, II, n° 524 : « le contrat ne se forme qu'au jour de l'utilisation de la promesse unilatérale par le bénéficiaire, le consentement du promettant est déjà définitif auparavant, mais le contrat prend date au jour de l'acceptation » ; cf. également : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 151.

fournie des faits, les parties ont entendu donner d'ores et déjà, naissance à un contrat. Et si vraiment les intentions des parties ont pu aboutir à une création juridique, le contrat, issu de leur accord, prend date, sauf stipulation contraire, au jour même où s'est réalisé cet accord (1).

D'ailleurs, un autre point est à souligner : le co-contractant, dans le cadre de l'avant-contrat, est irrévocablement engagé. Mais une personne peut le libérer de sa pollicitation, c'est le gérant d'affaires qui a enregistré et fixé cette pollicitation. Par

(1) DEMOGUE, II, n° 482 : « Les tribunaux auront, en fait, à déterminer si l'intention des parties a été de faire une promesse, de manière qu'il y ait obligation de solliciter dans un délai exprès ou tacite l'habilitation ou, au contraire, un acte sans se préoccuper de sa régularité. En ce cas, il y aura acte nul, avec ratification possible » (Sur les objections que nous paraît soulever cette « nullité » du contrat soumis à ratification, cf. *infra*, n° 35). L'intérêt de la distinction est le suivant : « Dans le premier cas, l'acte date de l'habilitation, dans le second, de l'échange primitif des consentements ». Pourtant, même dans l'hypothèse d'une opération passée par un gérant d'affaires qui a entendu contracter d'ores et déjà au nom d'un tiers, M. DEMOGUE évoque la notion d'avant-acte : « La ratification, écrit-il, (III, n° 57) va transformer l'acte du gérant qui n'était qu'un simple fait, plus exactement, qu'un *avant-acte*, en gestion. Il faut même aller plus loin, elle en fera un mandat. » La mise en jeu de l'idée de mandat permet ainsi de fixer, du moins *inter partes*, la date de formation du contrat, au moment où s'est réalisé l'accord des volontés du cocontractant et du gérant d'affaires. Sans aborder prématurément la difficile question de la rétroactivité de la ratification (V. *infra*, nos 46 et s.), il nous semble nécessaire de fixer immédiatement l'alternative suivante : ou bien le porte-fort et le contractant n'ont entendu faire qu'un avant-acte, mais alors le contrat ne prendra date qu'*au jour où il aura été définitivement formé*, c'est-à-dire, *au moment de l'acceptation* ; ou bien, passant outre à l'absence de pouvoirs, le porte-fort a entendu conclure *ex nunc* avec le cocontractant, un contrat, dont la valeur est précisément à déterminer, mais qui est autre chose et plus qu'un avant-contrat. A notre avis, il y a antinomie entre : d'une part, la notion d'un simple avant-acte, dont les parties savent qu'il constitue les bases d'un contrat futur, et d'autre part la notion de ratification rétroactive — laquelle implique, malgré tout, l'existence d'un rapport *contractuel* (et non plus *anté-contractuel*) préalable. D'ailleurs, M. DEMOGUE, en notant les effets de la ratification, constate (I, n° 128) que le contrat « non ratifié a déjà son existence, son autonomie ».

application de ce principe, le gérant d'affaires porte-fort et le co-contractant pourront par *mutuus dissensus*, détruire ce qui a été préalablement établi. La jurisprudence a d'ailleurs paru admettre ce résultat et reconnaître le droit pour le co-contractant et le porte-fort de révoquer le contrat antérieurement formé (1). Mais, à notre avis, un tel résultat ne saurait être admis. Puisqu'il s'est constitué le représentant du tiers, le porte-fort a perdu sa pleine liberté d'action, relativement au contrat. Il a créé immédiatement, au profit du tiers, et par le jeu normal de la représentation, un droit dont il ne peut plus

(1) Nous employons à dessein une formule dubitative « paru admettre », car on invoque généralement (PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 51. — AUBRY et RAU, IV, § 343 *ter*, p. 513. — SAVATIER, *loc. cit.*, p. 66) à l'appui de la thèse d'après laquelle une révocation est possible par un mutuel accord, un arrêt de la Chambre des requêtes du 12 février 1873 (D. 73.1.413 ; S. 73.1.457) dont la doctrine n'est peut-être pas aussi absolue qu'elle le paraît. Il y est bien affirmé qu'une dame de Saint-Benoît (ayant conclu au nom de sa fille mineure une vente avec porte-fort) « avait le droit de révoquer et de modifier, du consentement des autres parties contractantes, les stipulations de la convention » qui avait été établie. Mais deux observations doivent être faites : 1° les parties n'avaient entendu conférer au contrat primitif qu'un « caractère provisoire » et comme nous le notons plus loin (cf. *infra*, p. 78 note 1) il nous semble nécessaire d'admettre qu'au moment où elles passent un contrat, les volontés autonomes du cocontractant et du gérant d'affaires porte-fort peuvent réserver la possibilité d'une révocation opérée d'un commun accord ; 2° dans l'arrêt précité, il est indiqué expressément que « la demoiselle de Saint-Benoît (pour laquelle sa mère s'était portée fort) n'avait ratifié le contrat à aucune époque.

Par ailleurs, il est un acte à propos duquel la jurisprudence dénie, de la façon la plus formelle, la possibilité d'une révocation, même avec l'accord unanime des contractants : nous voulons parler du partage. Comme nous le verrons plus loin (cf. *infra*, n°s 106 et s.) les Tribunaux, se basant sur ce fait que les parties ont entendu procéder à un *règlement définitif*, dévient à ceux des coindivisaires qui ont figuré au partage, le droit de tout remettre en question, de leur propre initiative, et remettent le sort de l'opération à la discrétion de celui dont la ratification a été promise, et de lui seul.

Dans ces conditions, il nous paraît inexact de dire, de façon péremptoire, qu'en toute hypothèse, la révocation du contrat, sous condition du consentement unanime des contractants, ne fait pas de doute.

priver le tiers : celui de s'approprier par une ratification le contrat déjà formé. La personnalité du tiers est, virtuellement au moins, entrée dans le champ contractuel qu'ont délimité le porte-fort et le co-contractant. Comme ils ont décidé l'un et l'autre d'instituer juge de l'utilité finale de l'opération, le tiers, en considération duquel le porte-fort a agi, ils ont aliéné, sur ce point du moins, leur liberté. Ils devront attendre que le tiers fasse connaître s'il ratifie ou non le contrat (1).

Il nous faut donc écarter, en dépit du progrès technique qu'elle marque, la théorie de l'avant-contrat car : 1^o elle ne traduit pas exactement les intentions des parties qui ont entendu former plus qu'une ébauche d'acte, mais, d'ores et déjà, un contrat et 2^o elle implique au profit de co-contractant et du porte-fort (à condition que se réalise sur ce point, un nouvel accord) un droit de révocation qui semble incompatible avec le maintien nécessaire du droit virtuel qu'ils ont fait naître dans le patrimoine du tiers représenté (2).

(1) Un correctif important nous semble cependant devoir être apporté : *au moment où ils passent le contrat*, le gérant d'affaires et le cocontractant peuvent se réserver la faculté d'empêcher, par une révocation préalable, la ratification envisagée. Rien ne les contraint à créer, au profit du tiers que le porte-fort prend l'initiative de représenter, le droit de s'approprier l'opération. Rien, dès lors, ne leur interdit de faire peser, sur le droit que modèlent leurs volontés autonomes, la menace d'un anéantissement qui dériverait de l'exercice de cette faculté de révocation. Le droit de ratifier n'entrera dans le patrimoine du tiers intéressé, qu'affecté des modalités qu'il aura plu aux contractants de lui conférer. Une telle restriction, en nuancant ce que les propositions défendues dans le texte peuvent avoir de trop absolu, nous permet, semble-t-il, de concilier la solution que nous proposons avec le doctrine de l'arrêt précité de la Chambre des requêtes du 12 février 1873 (cf. *supra*, p. 77, note 1).

(2) Il existe toutefois une catégorie de contrats à propos desquels la notion d'avant-acte devra être retenue, s'ils sont conclus par un porte-fort : nous voulons parler des contrats *réels*. Dès lors que c'est la *res præstita*, la remise matérielle d'une chose qui « vaut formation du contrat » (PLANIOU et RIPERT, II, n^o 995), on ne pourra considérer que comme une ébauche de contrat, l'accord conclu qui ne s'accompagnerait pas de cette remise matérielle.

34. — III. THÉORIE DU « CONTRAT PARFAIT ». — *Solution proposée : Contrat virtuel.*

A notre avis, la solution du problème dont nous avons exposé les données, ne peut être obtenue qu'à la condition de faire appel à la notion de représentation.

Il faut partir de la conception — énoncée plus haut (1) — que la représentation s'analyse en une substitution de la volonté du représentant à celle du représenté, et que c'est *la volonté du représentant qui forme le contrat*.

Ce premier point étant admis, la valeur juridique du contrat conclu entre le co-contractant et le porte-fort peut être déterminée au moyen d'une comparaison significative avec un contrat où toutes les conditions de la représentation sont d'ores et déjà réunies.

Prenons cette dernière hypothèse : on y voit le représentant déclarer sa volonté propre, mais grâce aux pouvoirs qu'il a préalablement reçus, soit du représenté lui-même, soit de la loi, son intervention est d'une efficacité telle que les effets du contrat se produisent immédiatement dans le patrimoine du représenté. Selon Ihering (2), « il y a eu dissociation entre l'effet et la cause d'un acte ». La déclaration de volonté du représentant a concouru directement à la conclusion du contrat, mais comme le représentant n'a agi qu'en contemplation des intérêts du représenté, comme rien ne vient entraver le jeu normal de la représentation, un lien de droit a été établi entre le co-contractant et le représenté.

Analysons maintenant la situation juridique qui prend naissance, lorsque le représentant, démuné de pouvoirs, se porte fort de la ratification du tiers représenté. Comme dans l'hypothèse précédente, le représentant déclare sa volonté. Il y a une

(1) V. *supra*, n° 8.

(2) IHERING, *Esprit du droit romain*, IV, p. 172 (cité par M. PILON, *op. cit.*, n° 31, note 74, p. 47, qui précise : « la cause, c'est-à-dire la volonté qui crée le contrat, concerne le représentant ; l'effet concerne le représenté »).

impossibilité psychologique — on peut même dire matérielle — à ce qu'il en déclare une autre. Dès lors, il n'est pas exact de penser, comme on l'a soutenu dans le système de l'offre, que la volonté du co-contractant est, en quelque sorte, suspendue dans le vide. *Elle rencontre, au contraire, une autre volonté, celle du représentant qui contracte au nom du tiers.* Et c'est assez de cette jonction de volitions pour qu'un contrat se forme et pour que les prescriptions de l'article 1108 § 3 du C. Civ. ne restent pas lettre morte. Comme s'il en détenait effectivement le pouvoir, le représentant porte-fort relie sa volonté propre à un autre patrimoine que le sien et il entend que les effets du contrat qu'il passe avec le co-contractant se produisent directement entre le co-contractant et la personne au nom de qui il a pris l'initiative d'agir. Sans doute, une volonté ainsi dirigée, se heurte à l'obstacle de l'autonomie de la volonté du tiers et n'atteint pas immédiatement son but, ainsi que ferait une volonté préalablement habilitée. Mais son effort n'est pas vain, car, si incomplète dans ses résultats actuels que soit la représentation ainsi entreprise, elle n'en a pas moins créé, au profit du tiers, la possibilité de s'approprier un jour le contrat. Pour acquérir la plénitude de puissance, pour engendrer l'intégralité des effets du contrat dans le patrimoine du représenté, la volonté du représentant porte-fort a besoin du concours ultérieur de la volonté de celui au nom duquel il a agi. Mais ce complément pourra être donné après coup. Il est même à présumer qu'il le sera, car c'est en considération de la volonté probable du tiers que, d'une part, le porte-fort a conclu le contrat et que, d'autre part, il a pris, envers le co-contractant, un engagement indemnitaire.

Quoi qu'il en soit, il y a, d'ores et déjà, pour procéder à l'établissement du rapport juridique, le concours de deux volontés, l'une, pleinement et immédiatement efficace, l'autre efficace sous condition : la condition que les pouvoirs nécessaires seront conférés quelque jour.

Sous cette seule réserve — essentielle il est vrai — que l'un

des contractants n'a pas l'habilitation préalable, le contrat comprend d'ores et déjà les éléments nécessaires à sa formation : il naît de l'accord des volontés, du co-contractant d'une part, et du représentant porte-fort, se substituant au tiers, d'autre part.

Si cette analyse est exacte, un résultat important est acquis dès maintenant : comme le contrat est l'œuvre des volontés concordantes du représentant sans pouvoirs et du co-contractant, il se situe dans le temps, au point de rencontre de ces deux volontés créatrices.

D'un autre côté, en adaptant sa volonté propre aux contours d'une volonté, non encore déclarée, mais dont il détermine par avance le contenu, le représentant-porte-fort a aliéné, sur ce point, son autonomie. La manifestation de volonté qu'il a faite au nom du tiers, il ne peut plus l'effacer, même d'un commun accord avec le co-contractant, car, comme nous l'avons déjà observé (1), il a, en représentant le tiers, fait entrer ce dernier, au moins éventuellement, dans le cercle contractuel. Sans doute, le porte-fort aurait pu ne rien créer — et il peut sembler normal que, ce qu'il a fait, il puisse le défaire en accord avec son co-contractant — mais cela ne serait vrai que pour les manifestations de volonté qu'il produirait pour son compte. En l'espèce, au contraire, il a agi au nom et pour le compte du tiers. Et il a du même coup perdu, en un point donné, sa liberté de détermination (2). Et cette sorte d'abdication nécessaire de ses pouvoirs peut apparaître comme la sanction légitime de son ingérence dans le patrimoine d'autrui.

Toutes ces notations des effets de la volonté du représentant non habilité vont nous permettre de situer, avec quelque exac-

(1) V. *supra*, n° 33 *in fine*.

(2) Sous réserve, toutefois, du correctif que nous avons proposé plus haut n° 33, p. 78, note 1 : nous avons admis, en effet, qu'au moment où ils concluent le contrat, le représentant sans pouvoirs et le cocontractant peuvent stipuler qu'ils auront le droit d'anéantir, d'un commun accord, le rapport juridique établi.

titude, dans l'échelle des créations juridiques, le contrat conclu dans les conditions qui viennent d'être précisées.

M. Pilon a proposé la notion hardie du *contrat parfait* : « Il y a seulement, dit-il, incertitude sur le point de savoir si ce contrat produira, ou non, ses effets dans le patrimoine du représenté (ici, le tiers pour lequel on s'est porté fort). La ratification n'est pas un élément nécessaire à la formation du contrat ; elle consolide un contrat déjà formé entre le tiers contractant (dans nos explications précédentes, le co-contractant) et l'absent qui a été représenté à son insu et qui l'approuve » (1).

On est en droit de se demander si une telle terminologie n'est pas de nature à créer une équivoque, car cette grave « incertitude » qui pèse sur le contrat suffirait à elle seule à exclure l'idée de perfection. Sans doute, les éléments nécessaires à la naissance d'un contrat sont déjà réunis : deux volontés se sont déjà rencontrées et ont, par leur seul accord, abouti à l'établissement d'un rapport juridique qui, par le jeu de la ratification subséquente, liera un jour définitivement le co-contractant et le tiers. Mais il ne faut pas perdre de vue qu'une des volontés formatrices du contrat (celle du représentant sans pouvoirs) n'a de valeur et d'efficacité finale qu'à la condition d'être un jour vivifiée et fertilisée par la volonté du tiers. Si elle ne participe pas directement à la formation du contrat, la volonté du représenté n'en est pas moins indispensable pour procurer à la volonté du représentant la plénitude de puissance et d'effets. Elle est le principe animateur de tout ce microcosme juridique que compose le contrat et qui existe déjà en dehors d'elle. Dans ces conditions, il ne nous paraît pas qu'il puisse s'agir de contrat parfait (2).

(1) PILON, *op. cit.*, n° 217, p. 321. — Dans le même sens : CORBESCO, *op. cit.*, p. 138. — CARREZ, *op. cit.*, p. 239.

(2) LABBÉ, dans l'étude qu'il consacre à l'opération réalisée par un gérant d'affaires, dégage pareillement cette notion de « contrat parfait », mais il y joint un correctif — « le contrat, écrit-il (*op. cit.*, n° 50), est *parfait pour ceux qui y sont intervenus*. Il doit être pour eux *irrévocable* ». Il y a dans cette phrase une double affirmation : 1° un contrat a été d'ores

Dans l'ordre pratique cependant, les conclusions auxquelles nous mène notre étude se rapprochent très sensiblement de celles de M. Pilon, puisque nous avons admis les conséquences que l'éminent auteur déduit de la notion du contrat parfait : 1° formation immédiate d'un contrat, qui n'attend qu'une ratification ; 2° impossibilité pour le co-contractant et le représentant porte-fort de détruire, même par *mutuus dissensus*, le rapport juridique préalablement établi. Encore que l'expression soit plus philosophique que juridique, nous pensons que l'on

et déjà formé ; 2° ceux qui l'ont formé ne peuvent plus le retoucher ni le détruire (c'est la double solution à laquelle nous avons abouti). Mais il convient de remarquer qu'il ne s'agit pas, dans l'opinion de LABBÉ, d'une sorte de *perfection en soi* à laquelle le contrat atteindrait *ex nunc*, grâce à la réunion des seuls éléments contemporains de sa formation. Ce que LABBÉ veut démontrer, par le recours à l'idée de contrat parfait, c'est l'impossibilité pour les contractants qui ont eu en vue la ratification d'un tiers, d'anéantir, de leur propre initiative, l'opération dont le sort est soumis à la décision de ce tiers, et de lui seul.

— Par ailleurs, il nous semble intéressant de noter que la Cour de cassation elle-même, dans un arrêt du 4 février 1839. S. 1839.1.205 a mis en œuvre cette notion d'un contrat parfait pour ceux qui l'ont conclu, en dépit du défaut d'habilitation d'un des contractants. Sans justifier d'aucun pouvoir, un sieur Maurin avait vendu un domaine, en se portant fort de la ratification du sieur Tollin, véritable propriétaire. Ayant eu à apprécier la valeur du contrat, la Chambre civile n'hésita pas à déclarer que « l'acte était complet » et contenait « une vente qui avait tous les caractères d'une vente parfaite entre les parties » (on reconnaît ici la terminologie de l'article 1583 C. civ.). Mais il ne faudrait pas, à notre avis, tirer de cet arrêt, par une généralisation hâtive, des enseignements qu'il ne contient pas. Il importe, en effet, de préciser que la décision a été rendue *en matière fiscale*. L'acte avait été soumis à la formalité de l'enregistrement, et le droit proportionnel de mutation perçu. Sur le refus de ratifier manifesté par le *verus dominus*, une demande en restitution du droit avait été formulée. Et la Chambre civile cassa le jugement qui avait accueilli cette prétention. En réalité, on se trouve ici en présence d'un cas particulier d'application de la *théorie fiscale des nullités* (V. sur ce point PILON, *Principes et technique des droits d'Enregistrement*, I, nos 515 et s.). Sont passibles du seul droit fixe qui frappe les actes innomés, les opérations juridiques, qui normalement, en raison de leur nature, appelleraient la perception du droit proportionnel, lorsque, au regard de l'Administration, elles sont privées « de l'un des éléments essentiels à leur for-

pourrait parler de *contrat virtuel* ou de *contrat en puissance*. Il ne passera à l'« acte » (au sens aristotélicien du mot), il ne deviendra définitif que lorsque la volonté du représentant sans pouvoirs aura reçu de la volonté du tiers intéressé, la force dont elle est actuellement dépourvue.

35. — Le contrat ainsi défini et qualifié ne rentre dans aucune catégorie juridique prédéterminée. *Il n'est pas inexistant* — nous voudrions l'avoir suffisamment démontré, — *il n'est pas atteint d'une nullité absolue*, car : 1° on ne discerne

mation » (PILON, *op. cit.*, n° 523). Dans l'espèce de la vente conclue par un simple porte-fort, la Cour de cassation ne s'est pas arrêtée à la considération qu'un des contractants n'avait pas reçu les pouvoirs nécessaires. Elle s'est attachée au fait que le représentant non habilité avait *voulu* vendre et surtout que l'acquéreur avait *voulu* devenir propriétaire, l'un et l'autre n'attendant que la ratification qu'une consolidation du contrat (V. sur ce point GARNIER, *Répertoire de l'Enregistrement* v° *Ratification*, n° 13589). La présence d'un élément intentionnel, aussi nettement caractérisé, avait suffi à exclure la notion d'un contrat imparfait. La même conception se retrouve d'ailleurs, avec peut-être un relief plus accentué, dans un autre arrêt rendu, à propos d'une affaire analogue, par la la Chambre des requêtes, le 18 janvier 1881. D. P. 1881.1.361 ; S. 1881.1.181. Un échange, avec porte-fort, avait eu lieu moyennant une soulte. Avant la ratification, cette soulte fut payée et des mesures prévues par la convention (comme l'arpentage des terrains) furent exécutées. Il fut décidé « que l'exécution immédiate du contrat démontrait que, *dans l'intention des parties*, l'échange était *définitif*, non soumis à une condition suspensive. » Ainsi donc, au regard du droit fiscal, même en l'absence de toute ratification, le contrat, où l'une des parties est un simple porte-fort, *existe déjà* ; il représente plus qu'une offre, plus qu'un avant-contrat. Et si on le fait enregistrer, on ne le réputera pas « imparfait », ni même subordonné à la condition suspensive d'une approbation subséquente du tiers pour lequel on s'est porté fort (Sur les moyens pratiques d'éviter un tel résultat V. *infra*, n° 80, p. 169, note 3). Sans doute, comme nous le notons plus haut, il serait erroné d'utiliser, pour étayer une théorie générale du contrat pour autrui, une construction jurisprudentielle qui n'a été édictée que pour des besoins d'ordre fiscal. On n'en doit pas moins signaler, comme très curieusement significatif, le pouvoir créateur que la Cour de cassation a reconnu à la volonté nue d'un simple porte-fort puisque, à deux reprises, elle l'a jugée capable de former un contrat par sa rencontre avec la volonté d'un autre contractant.

pas d'où celle-ci dériverait et 2^o une simple ratification suffira à rendre l'acte pleinement et irrévocablement valable, alors qu'un acte atteint d'une nullité absolue ne saurait être ultérieurement consolidé. Enfin *le contrat n'est pas annulable*, car l'idée de protection sur laquelle repose l'annulabilité n'a pas sa place ici. Le tiers, à qui seul pourrait être conféré le bénéfice de cette annulabilité, n'aurait nullement à s'en servir, puisqu'il trouve dans le refus de ratifier la plus radicale des protections (1). A quoi lui servirait de faire tomber un contrat qu'il lui est pleinement loisible de ne pas s'approprier et qui lui est inopposable, tant que la ratification n'a pas eu lieu ? Nous nous trouvons ici dans le domaine de la « libre recherche scientifique » (2) où, devant le silence des textes, l'interprète modèle ses conceptions sur les réalités vivantes qui s'offrent à son examen (3).

(1) M. DEMOGUE, examinant l'hypothèse voisine où un mandataire a excédé ses pouvoirs, déclare (I, n^o 107, p. 197) : « l'acte du mandataire est pour celui-ci (le mandant) *res inter alios acta*. Il n'a donc pas besoin d'en demander la nullité dans un certain délai ».

(2) On reconnaît là la formule de M. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. II, n^o 155.

(3) Le Code civil espagnol a prévu l'hypothèse que nous étudions et édicté une nullité. Article 1259 § 2 : « le contrat conclu au nom d'un autre dont on n'a pas l'autorisation ou la représentation légale sera nul, à moins qu'il ne soit ratifié par la personne au nom de laquelle il a été fait, etc... »

Plus scientifiquement, à notre avis, l'article 177 B. G. B. dispose : « Si quelqu'un, *sans pouvoir de représentation* conclut un contrat au nom d'un autre, l'efficacité du contrat, pour et contre le représenté, dépend de l'approbation de ce dernier. » En commentant cet article, dans la traduction publiée par le Comité de législation étrangère (t. I) M. SALEILLES renvoie aux explications données à propos de l'article 108 (hypothèse d'un contrat passé par un mineur sans autorisation de son représentant légal). Or, à l'endroit indiqué, il est dit notamment : « cette sanction (du défaut d'autorisation) n'est pas la nullité immédiate. Ce n'est pas non plus l'annulabilité... *Le texte ne parle pas de nullité mais d'inefficacité*. Le sort du contrat, validité ou nullité, reste en suspens et d'ailleurs la solution définitive dépend bien encore, comme dans la nullité relative du droit français, de l'intervention... du mineur devenu majeur (dans l'hypothèse de l'article 177 B. G. B., il faudrait dire : du tiers représenté) ;

Tel qu'il vient d'être défini, le contrat passé par un porte-fort se situe, dans la hiérarchie des valeurs juridiques, au niveau des actes annulables, qui attendent d'une simple confirmation, la plénitude d'efficacité. Que survienne la ratification, que ce complément indispensable d'une habilitation subséquente du représentant sans pouvoirs lui soit ajouté et il revêtira tous les caractères d'un contrat définitif et régulier.

Un correctif extrêmement important doit être immédiatement apporté : il est des contrats, régis par un formalisme rigoureux, où la volonté du représentant, comme nous l'avons déjà noté, est dénuée de tout pouvoir créateur, si une habilitation, soumise à certaines exigences formelles très précises, n'a pas été donnée. Il faut dans de semblables hypothèses, poser le principe d'une totale inexistence du contrat, mais une telle conséquence se déduit de l'impossibilité absolue d'une représentation dans les conditions que nous avons précédemment définies.

Ce qui reste vrai, c'est que la notion de contrat en puissance, telle que nous nous sommes efforcé de la dégager, nous paraît exacte *en principe*. Comme nous avons pris soin de le préciser, c'est d'une conception abstraite, dépouillée de tout élément spécificateur, que nous sommes parti. Et la présente recherche n'a eu pour but que de préparer un système de référence, une sorte de prototype idéal auquel on puisse rapporter, le cas échéant, tel ou tel contrat, nettement individualisé.

36. — Nous avons raisonné jusqu'ici d'après l'hypothèse où aucun rapport juridique ne préexiste entre le porte-fort et la personne dont la ratification est promise. En raison de son

seulement, cette intervention, *au lieu de se produire pour faire tomber l'acte sous forme d'action en nullité, se produira en vue de la valider, sous forme de ratification.* » Comme on le voit, dans le système du Code civil allemand, l'action du représenté est essentiellement positive et constructive. Elle n'a pas à s'exercer dans un sens négatif et destructif, par le déclenchement d'une action en nullité.

indépendance absolue à l'égard de son représentant bénévole, le représenté n'est lié que s'il y consent.

Mais il y a lieu de se demander si la solution précédemment élaborée ne devrait pas être modifiée, dans le cas, extrêmement fréquent, où le porte-fort se trouve être le tuteur de celui au nom duquel il agit.

Tandis qu'un mandataire conventionnel, en effet, reçoit mission d'accomplir tel ou tel acte déterminé, et ne peut plus engager son mandant que sous condition de ratification, à partir du moment précis où il a dépassé les limites de ses pouvoirs, le tuteur est investi, pendant toute la durée de ses fonctions, de la qualité permanente de représentant de son pupille. Aux termes de l'article 450 C. civ., « il représente le mineur dans tous les actes de la vie civile ». Dès lors ne convient-il pas de rechercher si l'opération conclue par un porte-fort, tuteur, n'offre pas une structure particulière ? Selon nos explications antérieures, l'auteur de la promesse d'indemnisation était un représentant qui, indéniablement, ne pouvait se prévaloir d'aucune habilitation préalable. Ici, au contraire, celui qui agit, au nom et pour le compte du tiers, a officiellement la charge d'assumer, en toutes circonstances, la gestion des intérêts de ce tiers. Sans doute la loi détermine les formes d'une telle gestion et précise les conditions de son efficacité. Un tuteur, par exemple, qui vend à l'amiable un immeuble du pupille, n'accomplit pas un acte qui échappe d'ores et déjà à toute critique. Néanmoins, même dans cet agissement extra-légal, même dans la réalisation de cette opération juridique incontestablement irrégulière, le tuteur ne garde-t-il pas son titre de représentant et ne conserve-t-il pas, par voie de conséquence, la faculté d'engager, malgré tout, son pupille ?

On mesure aisément l'importance d'un tel débat :

Selon nos conclusions précédentes, le porte-fort, juridiquement étranger au tiers qu'il prend l'initiative de représenter, trouve dans sa propre volonté de quoi conclure, au nom et pour le compte de ce tiers, un contrat. Mais ce contrat n'est que vir-

tuel. Il est inopposable au représenté, tant que l'approbation nécessaire n'est pas acquise.

Si l'on met en œuvre, au contraire, cette conception d'un tuteur qui reste un représentant légal, quelles que soient les conditions et les formes où cette représentation se produit, on aboutit à ce résultat logique que le contrat formé au nom du pupille dont la ratification est promise est, non plus virtuel, mais *annulable*.

Bien que son représentant n'ait pas observé les prescriptions de la loi, le pupille ne peut plus être réputé étranger à l'acte par le fait de la représentation, *il y a été partie*.

Il a simplement la ressource de faire tomber par une action en nullité, dont il est le seul bénéficiaire, le rapport juridique irrégulièrement établi. En conséquence, si dans le délai de dix ans prévu par l'article 1304 C. civ., le pupille garde une attitude toute passive, le contrat deviendra définitif sans qu'une approbation soit aucunement nécessaire.

Dans ces conditions, toute la question est de savoir si la *qualité même de tuteur* dont le porte-fort est revêtu n'est pas susceptible d'exercer une influence directe et décisive, sur la valeur juridique du contrat qu'il a passé.

37. — Le problème a été spécialement examiné en jurisprudence à propos de ventes de biens pupillaires, faites à l'amiable par des tuteurs. Deux systèmes s'offrent sur ce point et les arguments employés de part et d'autre ont été analysés de façon si lumineuse par Labbé (1) qu'il nous suffira de reprendre ici, en le résumant, l'exposé de l'éminent arrêliste.

I. Dans une suite d'arrêts (2), la Cour de cassation a adopté « avec persévérance » la thèse de l'annulabilité de l'acte incriminé.

(1) LABBÉ, note s. Douai, 20 nov. 1870. S. 72.2.1 ; cf. également DEMOLOMBE, XXIX, n° 88 à 90. — LAURENT, XVIII, n° 553 et XIX, 20 et 21.

(2) Cass. civ., 14 nov. 1826. S. 1827.1.306. — Cass. civ., 25 nov. 1835, D. *Juris. gén.*, v° *Obligations*, n° 2894. S. 36.1.30. — Cass. req., 7 juil-

Trois raisons l'y ont déterminée.

1^o L'opération faite par le tuteur « n'est jamais, fut-elle irrégulière » l'œuvre d'une personne sans droit. C'est le cas d'appliquer l'adage ancien *Factum tutoris, factum pupilli*. L'inobservation des formalités légales engendre une action en nullité au profit du mineur... Mais cette action se prescrit pour 10 ans parce que l'opération « est réputée faite par le mineur lui-même » (1).

2^o L'article 1304 C. civ., en tant qu'il s'occupe des mineurs « doit s'appliquer aux actes faits irrégulièrement par leurs tuteurs, car autrement, il serait dépourvu d'utilité » (2). En pratique, rares sont les cas où les tiers traitent directement une convention avec un mineur. Restreindre la portée de la disposition légale aux hypothèses où le mineur figure lui-même au contrat, serait en nier l'utilité et en détruire à peu près complètement la raison d'être.

3^o Le sens de l'article 1304 C. civ. s'éclaire d'ailleurs par un rapprochement significatif avec l'article 475 C. civ. et il importe, à cet égard, de noter la communauté de leur origine

let 1851. D. P. 54.5.580 ; S. 51.1.641. — Cass. req., 7 mars 1876. D. P. 77.1.260 ; S. 76.1.291. Dans le même sens : Riom, 25 mars 1829. D. *Juris. gén.*, v^o *Obligations*, n^o 2895 ; S. 30.2.241. Grenoble, 10 juin 1842. D. *ibid.*, n^o 2894. — Rouen, 17 janv. 1846. D. P. 47.2.14 ; S. 47.2.351.

(1) Cet argument a été repris et développé avec force par AUBRY et RAU, t. IV, § 339, note 13 : « Lorsqu'il s'agit d'un mandat conventionnel qui détermine les formes dans lesquelles doit être passé l'acte pour lequel il est donné, ces formes constituent une condition restrictive du mandat, de telle sorte que la qualité de mandataire est subordonnée à leur observation et que leur omission doit, au regard du mandant, faire considérer l'acte consenti par le mandataire, comme ayant été fait par un tiers dépourvu de mandat. Mais le tuteur représente le mineur dans tous les actes de la vie civile, et si la loi l'astreint, pour certains actes, à l'observation de formalités spéciales, elle ne fait cependant pas dépendre sa qualité de représentant du mineur de l'accomplissement de ces formalités. Leur omission forme bien obstacle à la validité d'un acte de cette nature mais cela n'empêche pas que le mineur n'y ait été représenté et que cet acte ne puisse lui être opposé : *Factum tutoris, factum pupilli*.

(2) LABBÉ, *loc. cit.*

qui trahit l'identité de leur but. « Ils dérivent tous deux de l'article 134 de l'ordonnance de 1539 » (1). Comment, selon le vœu de l'article 475 C. civ., le tuteur ne pourrait-il plus être recherché pour les faits de la tutelle après l'expiration d'un délai de 10 ans si, par delà ce délai, il était encore susceptible d'être inquiété, à raison d'actes passés au nom du mineur ? Le co-contractant, troublé dans la jouissance du droit qu'il tiendrait du contrat recourrait en garantie contre le tuteur, et le mineur, devenu majeur, pourrait ainsi par l'exercice tardif d'actions en nullité, rompre l'harmonie de dispositions légales qui se correspondent.

II. Certaines Cours d'appel (2) n'ont pas admis le système de la Cour de cassation et ont répondu « avec force » (3) à l'argumentation qui vient d'être reproduite.

1^o L'ancien droit que l'on semble invoquer en citant le brocard *Factum tutoris, factum pupilli* « marque des tendances exactement contraires ». Pothier (*Traité des personnes*, première partie, t. VI) enseigne comme un point incontestable et incontesté que « si un tuteur avait vendu un immeuble de son mineur, il n'en avait pas transmis la propriété à l'acheteur et que le mineur pourrait dans les 30 ans, depuis sa majorité, revendiquer cet immeuble sans avoir besoin pour cela des lettres de rescision, car on n'a besoin de ces lettres que pour revenir contre son propre fait ». « L'article 450 C. civ. doit être interprété conformément à cet ancien droit ». Rien ne permet de croire « que le Code civil ait voulu être moins favorable au mineur que le droit ancien, quand le tuteur viole les prescriptions de la loi » (4).

(1) LABBÉ, *loc. cit.*

(2) Metz, 1^{er} juin 1821. D. *Jurisp. gén.*, v^o obligations, n^o 2896 ; S. 24.2.154. Riom, 13 déc. 1826. D. *ibid.* ; S. 1827.2.147. — Bordeaux, 10 juil. 1829. D. *ibid.* ; S. 29.2.319. — Grenoble, 21 mars 1833. D. *ibid.* ; S. 33.2.580. — Bordeaux, 21 avr. 1858. S. 58.2.395. — Douai, 20 nov. 1870. D. *Suppl.*, v^o Minorité, n^o 544 ; S. 72.2.1 et la note précitée de LABBÉ.

(3) LABBÉ, *loc. cit.*

(4) LABBÉ, *loc. cit.*

2° S'il est vrai que l'article 1304 C. civ., « n'est que la reproduction de l'article 134 de l'ordonnance du 1539 (1), la prescription décennale doit être enfermée dans les mêmes limites qu'autrefois. Aucune intention d'innover ne se fait jour dans les travaux préparatoires » (2). Aussi bien ce ne serait pas priver l'article 1304 C. civ. de toute utilité que de le faire jouer dans les seuls cas où le mineur lui-même traite directement avec les tiers. Lorsqu'il approche de sa majorité, le mineur peut se trouver amené à conclure des conventions pour son compte.

3° La liaison que l'on établit entre l'article 1304 C. civ. et l'article 475 C. civ. n'est pas probante, pour ingénieuse qu'elle soit. La loi n'a prévu aucun parallélisme nécessaire entre les délais fixés par l'un et l'autre de ces textes. Chacune des prescriptions a sa vie propre et les événements susceptibles de modifier le cours de l'une n'ont pas toujours leur incidence sur l'autre.

4° Enfin, il doit être précisé que la prescription de l'article 475 C. civ., n'a été organisée qu'en faveur du tuteur. Il n'y a aucune raison d'en étendre le bénéfice à tous ceux qui ont traité avec lui, dans des conditions telles que la représentation légale du mineur n'était pas assurée.

38. — Telles sont les deux théories en présence. Comme elles ont été élaborées principalement en considération d'une espèce particulière (vente de biens pupillaires) il nous faut en transposer les résultats, en vue de la solution du problème d'ordre général que nous avons évoqué : le contrat conclu, au nom d'un pupille, par un tuteur qui n'agit pas dans les limites et selon les conditions réglementées par le Code civil, est-il *virtuel* ou bien est-il *annulable*?

Il ne nous semble pas douteux que la question doive être tran-

(1) LABBÉ, *loc. cit.*

(2) LABBÉ, *loc. cit.*

chée dans le sens indiqué par les Cours d'appel dissidentes.

1^o Comme on l'a noté, le principe de l'omnipotence du tuteur est en déclin (1). Sans doute, le tuteur représente le pupille dans tous les actes de la vie civile, selon l'article 450 C. civ., mais c'est à la condition expresse qu'il respecte les formes qui lui ont été imposées. Il ne peut, *en tant que tuteur*, procéder à des opérations juridiques qui lient le pupille que s'il satisfait aux exigences de la loi. En dehors de là, il devient un simple gérant d'affaires (2). Ses interventions ne sauraient rationnellement engendrer plus de conséquences juridiques que celle

(1) PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, I, n^o 548. C'est même cette orientation nouvelle de la jurisprudence, dans la détermination du caractère de la mission tutélaire, qui nous semble conseiller l'adoption de la solution que nous proposons. Sans doute, cette solution a contre elle, nous l'avons noté, d'être en désaccord avec une série bien établie d'arrêts de la Cour de cassation. Mais elle a, selon nous, l'avantage de se raccorder aux tendances qui se manifestent actuellement dans le droit de la tutelle. Qu'on veuille bien, en effet, le remarquer : les décisions citées en sens contraire sont déjà anciennes. Elles datent d'une époque où la toute-puissance du tuteur n'était guère contestée. Aujourd'hui, en revanche, à la suite d'une lente évolution, la jurisprudence se détourne de la thèse traditionnelle, et affirme que le tuteur n'est plus que l'administrateur des biens du mineur (PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, I, n^o 545 et les références citées). Que devient alors la théorie, selon laquelle le tuteur reste toujours, quoi qu'il fasse, le représentant du mineur et bénéficie, sous la simple sanction d'une annulabilité, du privilège singulièrement dangereux de lier le mineur en toutes circonstances, même lorsqu'il passe un acte de disposition aussi caractérisé qu'une aliénation d'immeuble ? Cette espèce d'habilitation rémanente qu'il garderait, pour la conclusion de n'importe quel contrat au nom du mineur, apparaît de plus en plus problématique. L'adage « *Factum tutoris, factum pupilli* » ne traduit plus une réalité. Dans ces conditions, ne serait-ce pas faire preuve d'un esprit de soumission excessive que d'admettre, sans discussion, la doctrine de décisions vieilles qui correspondent à un moment révolu de notre vie juridique et qui sont basées sur une conception manifestement surannée du rôle du tuteur ?

(2) Sur cette notion d'un tuteur gérant d'affaires et les critiques qui lui ont été adressées, v. notamment MARUITTE, *op. cit.*, n^o 54 et s. Il nous suffira d'observer ici qu'il est d'autant plus aisé de reconnaître au tuteur porte-fort la qualité de gérant d'affaires qu'en notre matière, il ne peut jamais être question d'invoquer, à l'encontre du mineur, l'utilité de la gestion. Cf. *supra*, n^o 6 et *infra*, n^o 56.

d'un mandataire qui excède ses pouvoirs, ou qui est totalement dépourvu d'une habilitation préalable. Il y a là comme une manifestation de la notion de solennité : s'il méconnaît les règles établies, s'il n'use pas de ses pouvoirs, selon les conditions qui lui ont été fixées, le tuteur ne peut, en aucune manière, engager son pupille.

Une telle solution nous apparaît d'ailleurs infiniment plus conforme à l'esprit du Code Civil : à quoi servirait l'organisation de tout un système de mesures protectrices, si le tuteur pouvait, quelle que fût la forme de ses interventions, lier le mineur, sous la seule réserve de l'exercice possible, par le mineur, de l'action en nullité ?

2^e S'agissant d'un tuteur qui se porte fort de la ratification ultérieure de son pupille, le lien établi entre l'article 1304 C. civ. et l'article 475 C. civ. semble singulièrement fragile, car il importe de remarquer que si le mineur, devenu majeur, refuse de s'approprier le contrat (si, selon la thèse de l'annulabilité, il le fait tomber), ce n'est pas en tant que représentant légal du mineur que l'ex-tuteur peut être actionné par le co-contractant, c'est en tant que porte-fort, et à raison même de l'engagement particulier qu'il a souscrit.

Dès lors, la conclusion suivante s'impose :

Quand il agit, en violation des formes qui lui sont prescrites, le tuteur n'est qu'un gérant d'affaires. Certes, il représente le mineur au nom duquel il agit, mais il ne tient pas cette qualité d'une investiture légale. Il est simplement un représentant, sous la condition que les pouvoirs nécessaires lui seront ultérieurement conférés, au même titre qu'une personne juridiquement étrangère à celle qu'elle représente spontanément.

Le contrat, conclu pour le compte du mineur, est simplement virtuel. Aussi longtemps que le mineur, devenu majeur, n'aura pas donné son approbation, il pourra considérer le contrat comme inopposable (1) et n'aura même pas à intenter une action en nullité.

(1) En ce sens : DEMOGUE, I, n^o 118.

39. — Il est impossible de ne pas évoquer, à propos du contrat ainsi conclu par un porte-fort, la notion du contrat affecté d'une condition suspensive. La simple observation des faits fait saillir les analogies profondes ; de même que le contrat conditionnel ne produit les effets voulus par les parties que si tel événement, de réalisation incertaine, survient, de même le contrat passé par le porte-fort attend d'une ratification, simplement éventuelle, du tiers son efficacité finale.

Mais les différences apparaissent aussitôt : dans l'hypothèse du contrat conditionnel, ce sont les parties elles-mêmes qui, en vertu de l'autonomie dont elles jouissent, subordonnent la naissance des obligations qu'elles ont en vue à la réalisation de tel ou tel événement expressément prévu par elles. Dans l'hypothèse du contrat conclu par un porte-fort au contraire, le dessein commun des parties est de conférer à leur accord, *ex nunc*, le maximum d'effet. Et si le sort du contrat est suspendu à la survenance de cet événement incertain que constitue la ratification, c'est à raison de l'impossibilité juridique où se trouve l'une des parties d'engager, faute de l'habilitation nécessaire, la personne au nom de laquelle elle agit. L'incertitude qui pèse sur le rapport juridique établi, a son origine dans la déclaration de volonté elle-même de l'un des contractants. Et si le contrat n'atteint pas immédiatement ce point de parachèvement vers lequel il tend, c'est que la volonté même du représentant porte-fort est dépourvue de cette force pleinement créatrice que seule lui procurera une ratification qui, actuellement, demeure simplement possible.

Il n'en reste pas moins que le rapprochement entre les deux contrats s'impose rationnellement et doit fournir, pratiquement, des éléments de solution, en présence des difficultés particulières que soulève l'opération juridique réalisée par le porte-fort.

CHAPITRE II

De la ratification. Sa nature. Ses effets.

40. La ratification s'analyse en une collation de pouvoirs, postérieure à la représentation entreprise. — 41. Exposé critique de la théorie selon laquelle la ratification doit être assimilée au mandat. — 42. Différences entre la ratification et le mandat. — 43. Parallèle entre la ratification et la confirmation. — 44. Les formes de la ratification.

40. — La ratification est, en quelque manière, pour le porte-fort, une justification. Lors de l'élaboration du contrat, il avait, pour ainsi dire, modelé sa volonté propre sur la volonté probable de la personne qu'il prenait l'initiative de représenter. Il avait fondé son engagement indemnitaire envers le co-contratant sur la conviction d'une concordance exacte entre sa volonté actuelle et la volonté virtuelle du tiers. La ratification vient affirmer la corrélation effective des volontés du représentant et du représenté. Elle démontre la justesse des prévisions du porte-fort, comme elle établit le bien-fondé de son intervention.

Quelle est, dans son essence même, la ratification ? La réponse est simple. Elle nous est dictée par nos développements précédents. Une représentation a été entreprise, mais elle n'a pu jusqu'ici réaliser tous ses effets dans le patrimoine du représenté, parce qu'une condition faisait défaut : le représentant n'avait pas été habilité par le représenté, il avait agi de son propre mouvement. La ratification apporte l'élément qui man-

quait. Elle s'analyse en une collation de pouvoirs, postérieure à la représentation elle-même (1). Le porte-fort reçoit, après coup, une manière de mandat. C'est le résultat exprimé dans l'adage si souvent cité : *Ratihabitio mandato aequiparatur*.

41. — Ce concept de mandat projette son ombre sur toute la matière de la ratification. C'est à lui que tout naturellement l'interprète se réfère (2). L'heureux raccourci de la formule romaine n'est d'ailleurs peut-être pas étranger à l'indéniable influence de cette notion dominatrice. Mais il ne nous paraît pas que l'idée de mandat puisse être, purement et simplement, appliquée dans notre hypothèse. Elle ne saurait être admise que comme un terme de comparaison, un « type » auquel il convient de se rapporter pour des raisons d'analogie (3).

(1) Cpr. CARREZ, *op. cit.*, p. 241 : « La ratification est l'acte par lequel le maître déclare avoir été valablement représenté et prendre pour lui le contrat conclu en son nom par le gérant ». Il suit de là, incontestablement, que la ratification est un acte unilatéral. Elle n'a pas à être acceptée par le cocontractant. — Cass. civ., 27 août 1833. D. P. 1833.1.309 ; S. 33.1.673. — Bordeaux, 21 août 1848. D. P. 49.2.40 ; S. 48.2.721. — AUBRY et RAU, IV, § 343 *ter*, texte et note 13. — DEMOGUE, I, n° 124. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, I, n° 139. — LABBÉ, note au S. 70.1.145 s. Cass. civ., 18 janvier 1870 et *Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires*.

Bien entendu, la ratification doit émaner du représenté ou de ses héritiers (DEMOGUE, I, n° 120). Un mari ne peut ratifier pour sa femme (Limoges : 29 janvier 1862. D. P. 62.2.40). Il y a doute sur le point de savoir si les créanciers peuvent exercer ce droit de ratification (art. 1166 C. civ.). Il semble bien qu'il faille répondre par l'affirmative, car la faculté qui est reconnue au tiers représenté de s'approprier ou non un contrat conclu pour son compte est une de ces options « qui se rattachent... à un droit déjà virtuellement acquis et ne servent qu'à en confirmer ou à en repousser l'acquisition » (PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VII, n° 901).

(2) Cette notion d'équivalence de la ratification et du mandat est mise particulièrement en relief par AUBRY et RAU, VI, § 441, p. 301 : « Quelles que soient les circonstances dans lesquelles une personne s'est immiscée aux affaires d'autrui, la ratification donnée par le maître de l'affaire équivaut à un mandat et soumet ce dernier, envers le gérant, à toutes les obligations qui naissent de ce contrat ».

(3) C'est exactement d'ailleurs ce que signifie l'adage invoqué : « les

Il est facile, en effet, de s'apercevoir que son emploi sans correctifs aurait pour conséquence inévitable d'accumuler les fictions (1). Il faudrait *supposer* d'abord *qu'avant* la formation du contrat, le tiers avait donné des pouvoirs suffisants à son représentant. Puis, dans la plupart des cas, il serait nécessaire d'aller plus loin : très souvent, le tiers, au moment où le porte-fort l'a représenté, ne jouissait pas de sa pleine capacité. Une seconde fiction devrait dès lors intervenir : il faudrait *supposer* qu'au moment de conférer les pouvoirs dont il s'agit, le représentant était juridiquement capable de déclarer une volonté pleinement efficace. Et si l'on admettait la théorie d'après laquelle le représentant est *censé* déclarer la volonté même du représenté, on aurait recours à une troisième fiction. Par nécessité logique, on se trouverait contraint d'échafauder tout un système de fictions superposées. On aboutirait de la sorte à des complications extrêmes.

A titre de démonstration, adoptons cette conception d'un mandat donné après coup. La situation qui se présente au moment de la ratification peut être ainsi définie : le contrat passé entre le co-contractant et le porte-fort n'en est pas un. La volonté du porte-fort n'a rien pu créer, puisqu'elle ne pouvait puiser sa force que dans une volonté qui n'est pas encore manifestée. Une seule réalité bien précise s'offre : la déclaration de volonté de celui qui a traité avec le porte-fort. Quel que soit le degré de fixité ou de permanence que l'on attribue à cette déclaration (théorie de l'offre ou de l'avant-contrat) elle n'en demeure pas moins unilatérale. Elle se meut dans le vide, à l'état de pollicitation. Survient alors la ratification : tout aussitôt, c'est un monde qui s'anime. Au prix des invraisemblances que nous venons de signaler, la déclaration de volonté ratificative est *censée* se produire au plus tard, à ce point de la

jurisconsultes romains ne disent pas que la ratification *forme un mandat*, mais qu'elle *équivalait à un mandat qui n'existe pas* » (LABBÉ, *op. cit.*, n° 51).

(1) V. notamment sur ce point PILON, *op. cit.*, n° 219, p. 326.

durée où le pseudo-contrat avait été établi. Elle procure alors, rétrospectivement, l'habilitation nécessaire au porte-fort qui devient un mandataire et qui est censé accepter *rétroactivement* la mission qui lui est confiée. La volonté du porte-fort, qui jusque-là, avait été inexistante, sort du néant où son impuissance la plongeait et le porte-fort est censé avoir valablement contracté, au nom du mandant, au jour de l'accord primitif.

42. — On ne saurait contester que toute cette mise en scène est extrêmement artificielle, et l'on ne court sans doute pas de trop grandes chances d'erreur en affirmant que la réalité est infiniment plus simple.

A la base d'un raisonnement où l'imagination a tant de part, on décèle une conception erronée de la représentation. C'est parce qu'on lie indissolublement la représentation au mandat, comme si l'une de ces notions coïncidait exactement avec l'autre, et c'est parce qu'on ne veut voir dans le mandataire qu'un simple truchement du mandant, que l'on est obligé de supposer une déclaration de volonté du représenté antérieure à la représentation. Pour donner un sens et une valeur à la déclaration de volonté du représentant, il faut bien imaginer un mandat préalable du représenté, et reconstituer, par des suppositions purement gratuites, les conditions pratiquement irréalisées de la représentation.

Or, si la théorie que nous avons adoptée est exacte, point n'est besoin de mettre en œuvre des procédés de technique juridique qui ont le tort de déformer le réel. Si l'on reconnaît au représentant le pouvoir de déclarer *une volonté propre*, si l'on admet qu'il est autre chose et plus que le simple déclarant d'une volonté préexistante, il est inutile et inexact de faire reposer son intervention sur la base imaginaire d'un mandat antérieur. Le rapport juridique qu'ont créé les volontés conjuguées du co-contractant et du représentant porte-fort, *existe déjà par lui-même*, abstraction faite de la volonté du tiers. La collation de pouvoirs, élément nécessaire à la production

intégrale des effets de la représentation, peut être rationnellement postérieure au fait même de la représentation. L'ordre normal de succession, dans le temps, des volontés du représenté et du représentant peut être interverti sans dommage, dès lors que la déclaration de volonté du représentant n'est pas, dans son essence même, la répétition et le reflet d'une déclaration de volonté antérieure. La distinction qu'une analyse objective opère entre elles permet de les placer indifféremment, l'une par rapport à l'autre, dans la série des consentements, dont le contrat, sous sa forme définitive, est issu.

Lorsqu'il ratifie, le tiers pour lequel on s'est porté fort, vient simplement conférer, par sa déclaration de volonté, le maximum d'efficience à la déclaration de volonté qui a été faite, pour lui et en son nom, par le porte-fort et qui, existant déjà par elle-même, attendait simplement un accroissement de puissance. En affirmant qu'il a été valablement représenté, en manifestant la convergence de sa volonté propre et de la volonté préalable du représentant porte-fort vers un même but, il libère en quelque sorte tous les effets virtuellement inclus dans la représentation elle-même, mais il ne donne pas un mandat, même fictif (1).

Certes, on peut conjecturer que les rédacteurs du Code civil ont adopté la théorie du mandat supposé. Comme l'a noté Labbé : « Elle est au fond des esprits et au fond des choses...

(1) Par l'étude du mécanisme du mandat, M. MARUITTE, *op. cit.*, n° 15, p. 54 démontre ce qu'a d'irrationnel la conception d'un mandat fictif : « Comment en effet une déclaration de volonté, en l'espèce la ratification du maître, pourrait-elle, de par sa seule intervention, transformer en un contrat (de mandat) un rapport juridique préexistant, caractérisé par l'absence de tout accord de volontés des deux parties ? Pour qu'il y ait mandat, il faut qu'à la proposition de celui qui donne mandat réponde l'acceptation du mandataire, qui n'exécute qu'ensuite le contrat ainsi formé. Dans la gestion d'affaires, les actes sont déjà accomplis : peut-on aller jusqu'à les faire considérer comme exécutés en vertu d'un mandat proposé par le maître au moment où toute l'opération est terminée ? Il paraît excessif que l'idée de rétroactivité puisse conduire à une telle conséquence. »

comme un type, une règle à laquelle on rapporte tout ce qui se fait » (1). Toutefois, il importe aussitôt de remarquer que cette conception n'a été traduite dans aucun texte positif. L'équivalent de la maxime *Ratihabitio*... ne figure pas dans le Code. Sans doute, selon l'article 1898, le mandant est « tenu » dans la mesure « où il a ratifié expressément ou tacitement », mais le texte n'établit par lui-même aucune fiction. D'un autre côté, si l'article 1372 C. civ. astreint le gérant d'affaires « à toutes les obligations qui résulteront d'un mandat exprès » il « n'assimile pas la gestion d'affaires au mandat, il se borne simplement à dire que les obligations du gérant sont celles du mandataire » (2). En dehors donc d'une disposition impérative qui serait susceptible de le lier, l'interprète garde toute sa liberté.

Le Code civil allemand a d'ailleurs brisé le lien fragile et factice qui pouvait rattacher l'approbation de la gestion à la fiction d'un mandat donné après coup (art. 684). En commentant cet article, M. Saleilles (3) déclare : « L'approbation n'a point pour effet général de transformer la gestion d'affaires sans mandat en un rapport de mandat. Le Code ignore la règle *Ratihabitio*... (4) »

43. — A l'intérieur des limites qui viennent de lui être ainsi assignées, la volonté du tiers ratifiant joue un rôle plus encore supplétif que créateur. Certes, elle est l'élément indispensable en l'absence duquel le contrat passé entre le co-contractant et le représentant resterait à l'état virtuel. Mais, en dehors d'elle, et si imparfait qu'il soit, ce contrat existe déjà. La volonté du tiers vient simplement s'adjoindre pour le consolider à ce qui a déjà été créé sans elle.

(1) LABBÉ, *op. cit.*, p. 10.

(2) MARUITTE, *op. cit.*, n° 14, p. 50.

(3) Traduction du Code civil allemand par le Comité de législation étrangère, t. II, p. 216.

(4) Avec beaucoup de justesse, le Code civil japonais (art. 701) a pris soin de ne déclarer applicables, par analogie, à la gestion d'affaires que certaines des dispositions spéciales qui réglementent le mandat.

Et, à cet égard, il est particulièrement significatif de rapprocher la ratification de la confirmation. Selon la définition d'Aubry et Rau, « la confirmation est l'acte juridique par lequel une personne fait disparaître les vices dont se trouve entachée une obligation contre laquelle elle eût pu se pourvoir par voie de nullité ou de rescision » (1). Or, comme la confirmation, la ratification, (si du moins on accepte notre analyse), se réfère à un rapport juridique antérieur pour en faire quelque chose de stable et de définitif. En raison de leur fonction, et par la communauté du but poursuivi et du résultat procuré, elles présentent entre elles de singulières analogies.

Mais leur assimilation ne doit pas être poussée plus loin, car il est aisé de discerner les différences qui les séparent. L'auteur d'une confirmation rectifie ce que sa propre volonté avait antérieurement créé. Il entend seulement faire disparaître les irrégularités qui compromettraient la validité du contrat. Les conséquences que l'erreur, ou le dol, ou la violence, ou l'ignorance d'un déséquilibre dans les mutations avaient fait naître, sont effacées. Mais la volonté confirmative se contente de consolider le rapport juridique que le déclarant avait lui-même établi. Au contraire, la déclaration de volonté du tiers qui ratifie, vivifie et rend pleinement efficace une déclaration de volonté préalable qui lui est extérieure. C'est la volonté du représentant bénévole que l'approbation du tiers a pour but de féconder (2).

Au reste, ratification et confirmation offrent l'une par rapport à l'autre des oppositions si marquées que, sans forger une hypothèse à peu près irréalisable, on imagine fort bien la possibilité de leur superposition, à raison d'un même contrat antérieur. Il nous suffit d'envisager le cas où le représentant aurait été lui-

(1) AUBRY et RAU, IV, § 337, p. 429.

(2) DEMOGUE, I, n° 118 : « La ratification suppose un acte *inopposable* à celui pour qui on l'a fait, non un acte nul ». M. DEMOGUE, *loc. cit.*, distingue d'ailleurs de cette ratification qui se situe dans le cadre de l'article 1998 C. civ. la ratification « par adjonction de personne » laquelle a lieu, lorsque « une personne fait *en son nom* un acte irrégulier concernant le patrimoine d'autrui » (Exemple : la vente de la chose d'autrui).

même victime d'une erreur ou n'aurait pas aperçu le caractère lésionnaire de l'opération. Si le tiers, pour lequel le représentant s'est porté fort, ratifie sans connaître celui de ces éléments qui est venu fausser la volonté du représentant, il fera naître tous les effets normaux du contrat, dans son propre patrimoine. Mais, dans sa contexture même, le contrat n'aura pas été modifié ; il restera marqué de ce vice qui l'affecte dès l'origine, car nous avons admis que c'était la volonté même du représentant qui, avec celle du co-contractant, formait le rapport juridique. C'est alors que, pour donner au contrat son entière validité, une confirmation, émanant du tiers, et s'ajoutant à la ratification, sera nécessaire (1).

44. — Le parallèle qui vient d'être institué entre la confirma-

(1) Toutefois, si l'on admet sans discussion une certaine doctrine de la Cour de cassation que nous avons cru devoir repousser, il est une hypothèse extrêmement fréquente, où il ne saurait être question que de *confirmation*, et jamais de *ratification*, bien que le contrat ait été conclu par un porte-fort : nous voulons parler du cas où le porte-fort est le tuteur de la personne au nom de laquelle il agit. Si, en effet, on reconnaît avec la Cour de cassation (v. *supra*, n° 37) que le contrat passé dans ces conditions est *annulable et opposable* au mineur, sous réserve de l'exercice possible d'une action en nullité, il ne peut plus s'agir pour le mineur que de réparer le vice qui provient de l'irrégularité d'une représentation qui n'en a pas moins eu pour résultat de le *lier*. Dès lors que l'on confère au tuteur la qualité permanente et ineffaçable de représentant avec pouvoirs, quelles que soient les conditions où cette représentation a lieu, il faut bien considérer le mineur comme « partie » aux contrats qui sont établis en son nom et pour son compte. La personne irrégulièrement représentée ne se trouve plus que devant l'alternative suivante : ou bien attaquer l'acte par les voies judiciaires, ou bien le *confirmer*. Toute consolidation ultérieure du rapport juridique ne saurait être une *ratification* (nous employons, bien entendu, ce mot selon l'acception précise que nous lui avons donnée dans le texte. Nous n'en faisons pas, comme les rédacteurs de l'article 1338 C. civ. un synonyme de confirmation, cf. n° 44). Et si nous notons cette différence qui pourra sembler purement verbale, c'est qu'elle nous paraît comporter, pratiquement, des conséquences importantes en ce qui concerne les *formes* et les *effets* de la confirmation (V. *infra*, nos 44 et 95 et s.).

tion et la ratification nous amène à poser le problème des formes de la ratification.

On sait que le Code civil ne contient, à cet égard, aucune disposition expresse. En revanche, pour la confirmation, il a établi une réglementation précise dont il convient de rappeler l'essentiel (art. 1338 C. civ.). La confirmation, à raison même de sa nature, exige, dans la personne de celui dont elle émane, la double condition de la connaissance du vice inhérent à l'obligation et de l'intention de le réparer. Elle peut être expresse ou tacite, mais si elle est constatée par un *instrumentum*, soit sous signatures privées, soit authentique, il importe que l'acte, pour faire à lui seul la preuve complète de la confirmation, contienne la substance de l'acte à réparer, la mention du vice dont il est entaché, et la manifestation de la volonté réparatrice et confirmative.

Pour des raisons d'analogie, ne devrait-on pas appliquer en matière de ratification, les prescriptions légales édictées en matière de confirmation ?

A vrai dire, la seule lecture de l'article 1338 C. civ. pourrait faire douter que la question pût même être posée : à deux reprises, en effet, on y voit figurer le mot de ratification, si bien qu'on pourrait se demander s'il n'est pas inexact d'affirmer, comme nous venons de le faire, que le Code civil n'a pas soumis à des règles bien précises, les formes de la ratification.

Mais on se rend aisément compte — et les travaux préparatoires démontrent (1) — que les rédacteurs de l'article 1338 C. civ. ont employé le mot « ratification » dans le sens du mot « confirmation ». « A défaut d'actes de confirmation ou ratification »... puis plus loin « La confirmation, ratification... » Il est clair qu'ici les deux vocables sont synonymes.

Si donc l'article 1338 peut être en question, à propos de la ratification, telle que nous avons essayé de la définir, ce ne

(1) Discours du Tribun MOURICAULT au corps législatif. D. *Jurisp. gén.*, v^o obligations, n^o 442, p. 49.

peut être qu'à la faveur du procédé bien connu de l'extension analogique.

Cette extension est-elle légitime ? Il est très symptomatique de noter que, dès les premiers commentateurs du Code Civil, il s'est créé sur ce point une unanimité caractéristique. Les auteurs n'ont pas hésité à exclure la ratification — au moins quant aux formes — du domaine d'application de l'article 1338 C. civ. (1) Les méthodes mêmes de l'interprétation exégétique devaient déconseiller ici la mise en œuvre du procédé de l'extension analogique. Laurent s'est servi des termes mêmes dont le législateur a usé pour montrer que, de toute évidence, l'article 1338 (2) ne devrait pas jouer dans notre hypothèse : « Les formes que détermine l'article 1338 supposent l'existence d'un vice qui doit être effacé ou d'une action en nullité à laquelle la partie intéressée renonce. Or, en cas de ratification, il n'y a ni vice, ni action en nullité ».

Malgré tout, en dépit de ces obstacles d'ordre formel, l'article 1338 C. civ. eût peut-être été retenu par les auteurs en vue de la solution du problème qui nous occupe, s'il n'y avait eu l'article 1998 C. civ. qui prévoit, lors du dépassement de pouvoirs par le mandataire, une ratification du mandant, sans préciser la manière dont celle-ci doit intervenir.

Les exégètes les plus soucieux de raccorder leur interprétation à un texte, trouvaient, dans une disposition légale elle-même, les raisons d'écarter l'article 1338 C. civ. et cela explique l'unanimité doctrinale que nous avons signalée.

(1) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 51 et VII, n° 733. — AUBRY et RAU, IV, § 337, p. 430, texte et note 4, § 343 *ter* ; VI, § 441, p. 301, note 19 *bis*. — BAUDRY-LACANTINIERE et BARDE, I, n° 139. — DEMO-LOMBE, XXIX, nos 722 et 752. — LAURENT, XV, n° 548 et XVIII, n° 560. — LAROMBIÈRE, IV, s. art. 1338, n. 3 et 60. — MARCADÉ, V, s. art. 1338, n. 5 *in fine*. — TROPLONG, *du mandat*, nos 608 et 609. — TOULLIER, VII, nos 491 et 502. — V. également : BUFNOIR, *op. cit.*, p. 705. — CARREZ, *op. cit.*, p. 241. — GARSONNET, note s. Cass. civ., 13 décembre 1875. D. 76.1.97.

(2) LAURENT, XXVIII, n° 65, p. 67.

La jurisprudence, de son côté, s'est, dès le principe (1) orientée dans le même sens, et il est admis aujourd'hui, sans discussion, que l'article 1338 n'est pas applicable en notre matière (2).

On peut donc poser en principe que les formes de la ratification sont indifférentes (3). Une seule condition est indispensable, mais cette exigence dérive de nécessités rationnelles : il faut que la volonté du ratifiant se manifeste avec netteté (4). Il faut que l'on ne puisse pas mettre en doute l'intention effective du tiers de s'approprier le contrat tel qu'il a été formé par le gérant d'affaires, et d'en faire naître tous les effets dans son patrimoine. Cette adhésion ne prendra pas obligatoirement une forme positive, elle pourra être tacite, résulter implicitement de l'accomplissement de tel acte juridique qui supposera, comme condition préalable, l'approbation de la gestion. Le tiers aura ratifié, par exemple, en vendant un immeuble qui aura été préalablement acquis par un porte-fort, ou qui lui aura été attribué dans un partage avec clause de porte-fort (5). Mais, en aucun

(1) Cass. civ., 26 décembre 1815 ; S. 1816.1.243.

(2) Cass. req., 12 février 1873. D. 73.1.413 ; S. 73.1.457. — Cass. civ., 3 mai 1852. D. 1852.1.143 ; S. 52.1.447. — Cass. civ., 18 fév. 1903. S. 1904.1.191. — Cass. civ., 24 octobre 1905. D. P. 1906.1.153 (Ratification d'un compte de tutelle rendu par un mari cotuteur se portant fort pour sa femme, tutrice de l'ex-mineur).

(3) La jurisprudence est allée très loin dans cette voie puisqu'elle a admis la ratification tacite d'une renonciation à l'hypothèque légale faite par un mari pour sa femme coéchangiste (Nancy, 26 février 1910. S. 1912.2.313, note L. HUGUENET). Elle a estimé qu'en concourant à l'acte (notarié il est vrai) par lequel l'immeuble acquis en échange avait été vendu, la femme avait ratifié implicitement la renonciation contenue dans un précédent contrat.

(4) Cass. req., 12 février 1873 précité (« Si la ratification d'un engagement contracté par un tiers sans mandat n'est soumise à aucune forme, il faut du moins qu'elle résulte d'un fait qui accuse une *volonté certaine* d'approuver l'engagement contracté sans mandat »). Cass. civ., 28 nov. 1866. D. P. 66.1.469.

(5) Cass. req., 4 avril 1868. D. P. 69.1.373. — Cass. req., 4 mai 1858. D. P. 58.1.254 ; Cf. Cass. req., 4 avril 1875. D. P. 76.1.380.

cas, l'incertitude ne saurait persister, relativement à la détermination que prendra le tiers (1).

Notons cependant que le porte-fort, pour éviter le jeu de l'engagement indemnitaire qu'il aura souscrit, aura naturellement tendance à provoquer, de la part du tiers, une déclaration de volonté qui ne laisse aucune part à l'ambiguïté. Notons aussi que, si le contrat conclu entre le co-contractant et le porte-fort a été reçu par un notaire, ce dernier, soucieux de sa responsabilité, cherchera à obtenir des intéressés la signature d'un acte qui constatera l'adjonction, au contrat originaire, d'un élément essentiel qui manquait.

Enfin, il faut réserver le cas où la collation de pouvoirs doit avoir lieu sous des formes solennelles. Sans rechercher, d'ores et déjà si, dans une telle hypothèse, une habilitation peut être valablement donnée après la représentation, il convient de poser la règle qu'alors la ratification ne saurait être donnée qu'en recourant à l'emploi de ces mêmes formes (2).

Sous le bénéfice des précisions qui viennent d'être données, il y a eu lieu désormais d'envisager successivement les effets de la ratification :

A) Sur le contrat lui-même et les rapports qu'elle établit définitivement entre le co-contractant et le tiers représenté.

B) Sur les rapports du gérant d'affaires, représentant, et du tiers, maître de l'affaire.

C) Sur la promesse d'indemnisation que le porte-fort avait souscrite au profit du co-contractant.

(1) Si la ratification prend la forme positive d'une déclaration de volonté, sa notification pourra être « adressée au tiers contractant (selon la terminologie que nous avons adoptée : au cocontractant), soit directement par le représenté, soit indirectement par l'intermédiaire du représentant. De ces deux façons, le but que l'on poursuit, c'est-à-dire la connaissance du pouvoir par le tiers contractant sera atteint » (PILON, *op. cit.*, p. 136, note 180).

(2) En ce sens : DEMOGUE, I, n° 123. — AUBRY et RAU, IV, § 343 *ter*.

SECTION I

Effets de la ratification sur le contrat lui-même.

45. Transmutation du contrat virtuel en contrat définitif. — 46. De la rétroactivité de la ratification. Solution jurisprudentielle. — 47. Insuffisance de ses justifications. — 48. Comment la théorie générale, précédemment proposée, du contrat pour autrui, postule cette rétroactivité. Au même titre que la confirmation, et parce qu'elle consolide simplement un rapport juridique préexistant, la ratification doit être rétroactive. — 49. Solution proposée.

45. — L'étude de la ratification est indissolublement liée à celle du contrat lui-même. La déclaration de volonté du tiers qui ratifie ne se conçoit que par rapport à la convention qu'ont établie le co-contractant et le représentant porte-fort, et cette corrélation nécessaire, inscrite dans la réalité elle-même, résiste aux efforts de dissociation que pourrait tenter l'analyse. C'est dire qu'en nous attachant à délimiter la notion de ratification, nous avons du même coup cherché à mesurer les incidences de la manifestation de volonté du tiers sur le rapport juridique préexistant. Il nous suffira donc de rappeler ici les solutions précédemment proposées en nous efforçant d'en marquer, avec plus de netteté, la portée.

La ratification, avons-nous dit, confère la plénitude de puissance à la déclaration de volonté antérieure du représentant, qui s'était porté fort. De l'état virtuel, le contrat passe à l'état définitif, au moyen du complément d'un élément essentiel (1) La représentation que le porte-fort, de son propre mouvement, avait entreprise, peut produire tous ses effets : la personnalité du représentant disparaît et un lien de droit direct unit désormais le co-contractant et le tiers représenté.

(1) Bien entendu, la ratification s'applique à l'intégralité du contrat, dont le ratifiant ne saurait dissocier les éléments. — Cpr. DEMOGUE, I, n° 125.

46. — Cependant, il reste à déterminer le moment exact à partir duquel un tel résultat est atteint. Le contrat n'engendrera-t-il toutes ses conséquences qu'à partir de la ratification, ou bien ces conséquences, rendues possibles par l'approbation du tiers, reflueront-elles dans le passé ? Autrement dit, et pour poser la question en termes nets, la ratification a-t-elle, ou non, un effet rétroactif ?

La jurisprudence nous apporte sur ce point une réponse extrêmement nette (1). Avec une continuité remarquable, elle a adopté le principe de la rétroactivité. Mais, sous l'uniformité des solutions, l'analyse des arrêts fait apparaître une singulière diversité dans les justifications et les raisonnements juridiques.

Certaines décisions ont eu recours à la fiction d'un mandat donné après coup. Un arrêt de la Chambre des requêtes du 3 avril 1859 (2) est, à cet égard, particulièrement significatif : « la ratification d'un acte dans lequel un tiers avait agi pour un mineur, en se portant fort pour lui, produit le même effet que si cet acte avait été fait par une personne capable de s'obliger. »

En d'autres circonstances (3), la Cour de cassation s'est contentée d'une affirmation : elle a invoqué purement et simplement le principe de la rétroactivité de la ratification.

Enfin, l'article 1338 C. civ. a été appliqué pour des raisons d'analogie : la ratification est rétroactive, au même titre et dans les mêmes conditions que la confirmation.

47. — Toutes ces incertitudes sont très curieusement révélatrices : la variété des moyens techniques mis en œuvre est le

(1) Cass. req., 3 avril 1859. D. P. 59.1.419 ; S. 59.1.801. — Cass. civ., 17 décembre 1875. D. P. 76.1.97 ; S. 76.1.273. — Cass. civ., 4 mars 1891. D. P. 91.1.313 ; S. 91.1.411. — Cass. civ., 22 janvier 1896. D. P. 97.1.476 et, sur renvoi, Besançon, 6 juillet 1898. D. P. 96.5.641.

(2) Cité note 1.

(3) Arrêt précité du 4 mars 1891 : « En principe, la ratification a un effet rétroactif au jour où remonte l'acte ratifié. »

signé non équivoque d'une tendance très marquée de la jurisprudence à conférer le maximum d'efficacité à la situation juridique née de l'accord du co-contractant et du représentant porte-fort, et il semble que, sans encourir le reproche de vouloir trouver dans les décisions de la jurisprudence plus de choses qu'elles n'en renferment, nous puissions y découvrir comme une justification implicite de la théorie que nous avons proposée. Si la jurisprudence, en effet, a conféré à une simple ratification le pouvoir de remonter le cours du temps et de régir le passé, c'est qu'elle a reconnu une certaine existence, une certaine valeur au rapport juridique antérieur à la ratification elle-même. Sans doute, on peut observer, en elle, le souci constant d'assurer une indispensable sécurité dans le commerce juridique : elle ne détruit les créations des volontés autonomes que pour la sauvegarde d'intérêts légitimes, ou pour le maintien de l'ordre public. Il n'est donc pas étonnant qu'elle se soit attachée à respecter le contrat conclu entre le co-contractant et le porte-fort. Encore a-t-il fallu que ce contrat n'ait pas été pour elle un pur néant, une simple apparence de contrat, mais ait constitué, au contraire, un élément solide autour duquel pourraient se grouper un jour toute une série d'effets de droit.

Seulement, il y a lieu de relever une contradiction interne entre la conception centrale qui s'inscrit, en filigrane pour ainsi dire, dans les arrêts, et les moyens techniques utilisés pour étayer la solution.

Quand, en effet, la jurisprudence fait appel à la notion d'un mandat donné après coup, elle se rallie par cela même à la théorie d'après laquelle, avant la ratification, aucun contrat n'existe, puisqu'elle est obligée, par une supposition absolument arbitraire, d'imaginer que la déclaration de volonté du représenté a précédé la représentation. Et nous avons insisté précédemment sur les déformations graves qu'une telle interprétation faisait subir aux faits eux-mêmes. La mise en œuvre de la fiction d'un mandat conféré *a posteriori* implique nécessairement l'adhésion à la conception d'après laquelle, avant

la ratification, le contrat, assorti d'une clause du porte-fort, n'est en fait qu'une offre, tout au plus un avant-contrat, puisqu'on recrée, après coup, toutes les conditions, pratiquement irréalisées, moyennant lesquelles le contrat eut été réellement formé. Or, si avant la ratification, il n'y a pas de contrat, celui-ci ne saurait prendre naissance qu'à partir de l'acceptation de l'offre. A l'intérieur d'un tel système, la rétroactivité ne saurait être considérée que comme un « axiome » (1).

Par ailleurs, il est assez singulier de voir la jurisprudence se référer à l'article 1338 C. civ. pour régler les effets de la ratification, quand elle a délibérément écarté ce même article pour la détermination des formes. Si l'extension analogique s'imposait vraiment, dans le premier cas, les prescriptions de l'article 1338 C. civ. devaient être appliquées aussi bien dans le second. Et cet emploi partiel d'une disposition légale qui devrait régir l'ensemble d'une situation juridique donnée, ne saurait se voir assigner un fondement rationnel. Laurent nous paraît avoir fourni à cet égard une démonstration d'une belle rigueur logique (2) (étant admis, bien entendu, qu'avant la ratification le contrat n'a pas été formé) : « On conçoit, dit-il, que la confirmation rétroagisse... l'obligation confirmée *existant avant la confirmation* ; elle produisait tous les effets d'une obligation valable, puisque la partie qui avait le droit d'en demander l'annulation n'avait pas agi ; or, pour la confirmation, elle renonce au droit d'agir en nullité. Dès lors, le vice qui entachait l'obligation est effacé : l'obligation est considérée *comme valable dans le principe*, sauf le droit des tiers. »

« Il en est tout autrement dans la ratification. Quand un mandataire agit sans pouvoirs, en dépassant les bornes de son mandat, *il ne fait pas de convention* ; le mandataire n'est pas obligé parce qu'il n'a pas traité en son nom personnel, et le mandant n'est pas obligé, parce que le mandataire n'avait pas

(1) LAURENT, XXVIII, n° 74.

(2) LAURENT, XXVIII, n° 74.

le droit de traiter en son nom. La convention qui intervient entre le mandataire et le tiers (1) est donc *inexistante*, puisqu'il n'y a pas de convention sans consentement. Quand ensuite le mandant ratifie, que se passe-t-il ? *Il consent* et c'est ce consentement qui engendre la convention, laquelle jusque-là n'existait pas. C'est donc une nouvelle convention qui se forme. Or, les conventions n'ont d'effet que du jour où intervient le concours des consentements. Pourquoi en serait-il autrement de la convention qui se forme par la ratification ? » (2).

A la vérité, deux raisons nous semblent expliquer que la jurisprudence ait ainsi fait appel, d'une façon assez inattendue, à l'article 1338 C. civ. Tout d'abord, elle a voulu trouver dans un texte positif la justification de la mise en œuvre de la fiction qu'elle faisait intervenir. En second lieu, l'article 1338 C. civ. limite les effets de la rétroactivité de la confirmation, puisqu'il réserve le droit des tiers. En octroyant à la ratification, sur la base de l'article 1338 C. civ., le bénéfice de la rétroactivité, la jurisprudence rendait inopérantes les conséquences que cette rétroactivité eut été susceptible d'engendrer à l'encontre des tiers. Elle trouvait ainsi, dans une disposition légale, le correctif qui lui paraissait nécessaire au principe qu'elle admettait (3).

(1) Selon la terminologie que nous avons adoptée : le cocontractant.

(2) Il convient toutefois de préciser que ce raisonnement est présenté par LAURENT à propos de la ratification des actes passés par un mandataire qui a excédé ses pouvoirs. A propos du contrat conclu par un porte-fort, au contraire, le même auteur (XV, n° 550) admet la rétroactivité de la ratification, au moins *inter partes* : « Il est de principe que la ratification équivaut au mandat. De là suit qu'elle rétroagit au jour de la promesse, parce que le mandat est censé avoir été donné dès ce jour. Entre les parties, cela ne fait aucun doute. » Comme, au fond, la situation juridique est exactement la même dans les deux cas, comme, selon nos démonstrations précédentes, le porte-fort est un représentant sans pouvoirs, LAURENT nous paraît devoir échapper difficilement ici au reproche de contradiction : il expose au tome XV une conception qu'il détruit avec sa vigueur coutumière, et aussi, à notre avis, avec beaucoup de pertinence, au tome XXVIII.

(3) Ce système jurisprudentiel est approuvé par la majorité des auteurs : AUBRY et RAU, IV, § 343 *ter*, p. 514. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, I, n° 142. — DEMOLOMBE, XXIV, n° 230 et XXXI, n° 219. —

48. — Il n'en reste pas moins que la solution telle qu'elle est élaborée repose sur un fondement ruineux et que les moyens techniques employés se révèlent inadéquats au but poursuivi. Dans ces conditions, si le principe de la rétroactivité de la ratification ne s'appuie pas sur une base vraiment juridique, ne nous faudra-t-il pas, pour des nécessités rationnelles, abandonner le principe lui-même ?

La réponse affirmative serait en contradiction formelle avec tout ce que nous nous sommes efforcé de démontrer jusqu'ici, car, précisément, il nous semble que la notion de rétroactivité est commandée, exigée par la théorie du contrat pour autrui, telle que nous l'avons proposée.

Si vraiment un contrat — et non plus seulement un projet de contrat — a été formé entre le co-contractant et le représentant porte-fort, si vraiment la déclaration de volonté ratificative du tiers apparaît en dernière analyse comme une collation de pouvoirs, procurée à un représentant bénévole, il est clair que cette déclaration de volonté n'a de sens que par rapport au contrat originaire et qu'elle est inéluctablement attirée par lui. Dès lors qu'elle vient simplement compléter le contrat, pour le vivifier, elle s'absorbe tout entière en lui et s'y incorpore. Dans ces conditions, comme le contrat préexistait, au moins virtuellement, à la volonté ratificative, on doit forcément admettre qu'il prend date au jour où il a été réellement formé. Si la conception que nous avons défendue est exacte, si le contrat résulte du concours des volontés réellement déclarées du représentant porte-fort et du co-contractant, c'est l'instant de la jonction de ces deux volontés qui marque le point d'émergence du contrat dans la vie juridique. Si la volonté du représentant existe par elle-même, ses effets étant simplement subordonnés à une collation subséquente de pouvoirs, elle n'est pas dénuée, dès l'origine, d'une puissance créatrice, et il devient rationnellement nécessaire que le contrat,

simplement consolidé par une ratification ultérieure, soit situé dans le temps au moment précis où le co-contractant et le représentant porte-fort ont fixé leur accord. Un élément nouveau et indispensable à sa perfection vient s'y insérer, mais cette insertion même suppose l'existence d'un rapport contractuel antérieur.

Comme on le voit, la rétroactivité de la ratification, si l'on adopte notre manière de voir, s'impose avec la même force que la rétroactivité de la confirmation. Si la théorie du contrat virtuel est admise, le raisonnement rapporté plus haut, de Laurent, perd toute sa valeur démonstrative. Autant il était illogique, dans le système jurisprudentiel, de faire jaillir la notion de rétroactivité d'un parallélisme inexact entre la ratification et la confirmation, puisque la ratification alors crée le contrat mais ne le consolide pas comme la confirmation, autant il nous semble nécessaire maintenant de rapprocher les deux institutions, si l'on reconnaît que les volontés conjuguées du porte-fort et du co-contractant ont, dès avant la ratification, donné naissance à un contrat.

Certes, nous ne négligeons pas les différences : tandis que la confirmation emporte renonciation à se prévaloir de la nullité dont un contrat est entaché, la ratification vient ajouter quelque chose. *Elle complète, et ne corrige pas.* Mais voici l'analogie profonde : *dans les deux cas, il y a consolidation d'un rapport juridique préexistant*, et, dans les deux cas, le contrat, simplement consolidé, doit prendre date au jour où il a été réellement établi. Toutefois, nous ne croyons pas devoir, pour justifier notre solution, recourir au subterfuge d'une extension analogique de l'article 1338 C. civ. La seule étude du mécanisme de l'opération aboutit logiquement à l'adoption du principe de rétroactivité (1).

(1) Cf. art. 184 B. G. B. : « l'assentiment donné ultérieurement (approbation) rétroagit, à moins qu'il n'en soit disposé autrement, jusqu'au moment de l'accomplissement de l'acte juridique. »

— S'il nous fallait absolument étayer sur un texte le système de la

Une objection est cependant possible : l'explication proposée, pourrait-on dire, n'écarte pas l'idée de fiction, puisque la volonté du représentant porte-fort se trouve posséder rétroactivement une puissance dont elle était initialement dépourvue. Une telle argumentation ne nous paraît pas irréfutable, car il est aisé de faire remarquer que le résultat, dérivant de la rétroactivité, est déjà inscrit dans le contrat lui-même. L'intention commune du co-contractant et du porte-fort, au moment de leur accord, était que la ratification — à propos de laquelle un engagement à part était conclu — prit effet au jour de la formation du contrat. Quand ils ont établi leurs conventions, il était admis qu'ils passaient, d'ores et déjà, un contrat.

Et c'est en quoi, précisément, le contrat, tel que nous l'avons analysé, diffère de l'avant-contrat. Le co-contractant et le porte-fort n'ont pas entendu proposer au tiers un rapport juridique qu'il accepterait, et qui se formerait lors et par suite de cette acceptation. Comme nous l'avons indiqué (1), une telle manière de procéder est parfaitement régulière, mais nous raisonnons ici en considération de la généralité des cas, et il faut poser en principe que, sauf intention contraire, clairement manifestée, le contrat est, dans l'esprit des parties, conclu au moment même de leur accord, si bien que la rétroactivité de la ratification est la conséquence nécessaire et logique de cet accord. Le mot même de rétroactivité n'est qu'un vocable commode pour signifier l'attrance que le contrat exerce sur la volonté du tiers.

49. — Nous aboutissons ainsi à la conclusion suivante :

Comme la confirmation, mais sans qu'il soit besoin d'invo-

rétroactivité de la ratification, c'est à l'article 1179 du Code civil que nous ferions appel. Comme nous l'avons noté plus haut, la ratification, en rendant pleinement efficace la représentation bénévolement entreprise, et en faisant ainsi jaillir du contrat l'intégralité des effets qui y étaient virtuellement inclus, joue un rôle analogue à la condition suspensive dont la réalisation confère rétroactivement à un rapport obligatoire la force dont celui-ci était initialement dépourvu.

(1) V. *supra*, n° 4, p. 10, note 2 et n° 33.

quer, comme le fait la jurisprudence, l'article 1338 C. civ. la ratification produit un effet rétroactif. Et cette rétroactivité est imposée tout à la fois par la structure même du contrat que la ratification vient consolider, et par les intentions des parties (1).

Une précision doit être encore apportée : dès lors que l'on écarte de notre hypothèse l'application de l'article 1338 C. civ. la limitation imposée au profit des tiers à l'adoption du principe de la rétroactivité, n'a plus sa raison d'être. En l'absence d'un texte restrictif, la rétroactivité doit produire l'intégralité de ses effets à l'égard de tous (2). Toutefois, un correctif doit être, malgré tout, introduit : il est évident que si le contrat originaire est soumis à une publicité, la rétroactivité ne pourra jouer que dans la mesure où les formalités prescrites auront été accomplies. Pour que cette rétroactivité soit opposable aux tiers, il importe que ceux-ci aient été, au préalable, avisés de l'éventualité d'une ratification subséquente. Et nous devons même réserver le point de savoir si la ratification, pour produire tous ses effets à l'égard des tiers, ne doit pas elle-même être, le cas échéant, soumise à la publicité.

Cette question de la rétroactivité soulève d'ailleurs dans l'ordre pratique de grosses difficultés. Nous ne les aborderons qu'en examinant tel ou tel contrat bien déterminé (vente, constitution d'hypothèque) assorti d'une clause de porte-fort. Il ne s'agissait ici que de poser les principes.

(1) Dans le même sens : PILON, *op. cit.*, nos 249 et s.

(2) A condition bien entendu que la ratification soit juridiquement possible. A l'égard des tiers qui tiennent leurs droits soit du cocontractant, soit du porte-fort, la question, à notre avis, ne se pose pas. Elle se pose, au contraire avec acuité, à propos des tiers qui tiennent leurs droits de l'auteur de la ratification. Celui qui a été spontanément représenté par un porte-fort peut-il valablement ratifier une convention qui aurait pour effet d'anéantir des droits qu'il aurait déjà conférés à d'autres personnes ? C'est un problème dont nous ne pouvons, à cette place, qu'indiquer les données.

SECTION II

Effets de la ratification sur les rapports entre le porte-fort et le tiers.

50. Le porte-fort prend définitivement qualité de gérant d'affaires mais il ne devient, en aucune manière, par l'effet de la ratification, un mandataire.

50. — Lorsque nous avons essayé de définir le rôle du porte-fort, nous avons été amené à voir en lui un gérant d'affaires sous condition : la condition que le tiers, institué seul juge de l'utilité de l'affaire, se l'approprierait par une ratification. Si l'on veut donc mesurer les incidences de la ratification sur les rapports du tiers et du porte-fort, il suffit de constater qu'elle leur donne respectivement qualité de maître et de gérant de l'affaire que constitue le contrat devenu définitif. Par suite, il est loisible de procéder par voie de simple référence aux règles qui régissent la gestion d'affaires : l'action directe est donnée au maître pour l'exécution des obligations que le gérant a assumées, et la possibilité d'une action contraire est née, au bénéfice du gérant, dès lors que le maître fait l'affaire sienne.

Il nous faut seulement souligner les conséquences qu'entraîne, sur le point qui nous occupe, l'analyse que nous avons donnée de la ratification, de sa nature et de son mécanisme. La notion d'un mandat conféré après coup a dû être écartée, comme trop artificielle et ne correspondant pas à la réalité des faits. Dès lors, il ne peut s'agir de considérer le porte-fort comme un mandataire (1). Et il n'y a pas là une simple querelle de mots : l'opposition entre le gérant d'affaires et le mandataire se traduit, pratiquement, en différences concrètes (2) :

Certes, le gérant d'affaires est tenu de rendre compte, aussi bien qu'un mandataire. Au cas de ratification d'une vente par

(1) *Contra* : notamment AUBRY et RAU, VI, § 441, p. 301.

(2) V. notamment sur ce point : MARUITTE, *op. cit.*, n° 14, p. 50.

exemple, le porte-fort devient débiteur du prix qu'il a pu recevoir. Et pour l'un et l'autre, il y a lieu de mettre en œuvre l'article 1996 C. civ. qui fixe le point de départ des intérêts des sommes dues.

Mais : 1^o Au cas de pluralité de porte-forts la solidarité ne saurait jouer contre eux, comme il est possible qu'elle joue, en matière de mandat, contre les mandataires (art. 1995 C. civ. arg. *a contrario*);

2^o Le remboursement des dépenses d'un porte-fort doit être calculé sur les bases, non de l'article 1999 C. civ., mais de l'article 1375 C. civ. qui assigne, comme mesure, l'utilité de la gestion ;

3^o Si c'est pour plusieurs personnes à la fois que le représentant s'est porté fort, il ne saurait se réclamer de l'article 2002 C. civ. pour invoquer une solidarité qui lie uniquement les mandants.

En règle générale, c'est à ce concept de gestion d'affaires et non à celui de mandat, qu'il convient de se rapporter pour la solution des difficultés qui peuvent naître de l'établissement de rapports juridiques entre le porte-fort et le tiers.

SECTION III

Effets de la ratification

sur les rapports du porte-fort et du co-contractant
bénéficiaire de la promesse d'indemnisation.

51. Effet libératoire de la ratification à l'égard du porte-fort. Les deux explications possibles de cette libération : paiement, selon la théorie classique ; disparition du risque contractuel, selon la théorie du contrat indemnitaire. — 52. Des conditions de validité que doit remplir la ratification pour qu'elle exonère le porte-fort.

51. — La promesse de porte-fort, lorsqu'elle est adjointe à un contrat pour autrui, est, en quelque sorte, fonction de ce contrat. Et les événements qui influent sur le rapport juridique

principal que le co-contractant et le représentant sans pouvoirs ont établi, exercent une action directe et immédiate sur la promesse d'indemnisation elle-même.

Quand la ratification survient, le porte-fort est délié de toute obligation à l'égard du bénéficiaire de la promesse (1). Ce résultat s'impose avec toute la force de l'évidence. Mais il y a deux manières possibles de l'expliquer.

Si l'on adopte la théorie classique, d'après laquelle la promesse de porte-fort s'analyse en une obligation de faire, il est clair que la ratification doit être considérée comme un paiement. Le porte-fort s'est engagé à obtenir l'adhésion du tiers ; ce but est atteint. L'obligation du porte-fort disparaît.

Mais nous avons repoussé cette conception pour la raison, déterminante selon nous, que le fait promis se trouvait, en réalité, en dehors de la zone d'activité possible du porte-fort, et lui demeurait toujours extérieur. Rationnellement, la notion d'un risque, conventionnellement assumé, nous est apparue comme la seule qui fut susceptible de rendre compte des faits. Dans ce système, l'effet libératoire de la ratification appelle une autre interprétation que le paiement. Si le porte-fort voit s'effacer sa dette envers le stipulant, c'est que la survenance du dommage dont le risque avait été couvert, n'est désormais plus possible. La condition à laquelle était subordonnée l'obligation d'indemnisation ne peut plus dorénavant se réaliser. L'engagement indemnitaire s'évanouit avec le risque lui-même.

52. — Toute difficulté n'a cependant pas disparu par le seul fait que la ratification a eu lieu. Il peut arriver, en effet, que le tiers s'approprie le contrat, dont il reconnaît le caractère avantageux, sans que la ratification s'accompagne de toutes les con-

(1) Quand la promesse de porte-fort constitue un contrat indépendant, ce n'est évidemment pas une « ratification » qui produit cet effet libératoire. C'est l'exécution, par le tiers, du fait en considération duquel la promesse a été faite.

ditions de validité voulues. Soit, par exemple, l'hypothèse où la ratification émane d'un mineur qui n'attend pas sa majorité pour manifester son consentement. La question se pose alors de savoir si une ratification irrégulière sera libératoire pour le porte-fort.

Delvincourt (1) s'est prononcé pour l'affirmative. Et, en considération de l'hypothèse que nous visons plus haut, il a basé un raisonnement syllogistique sur la maxime *Ratihabitio...*

Par le jeu de la notion d'un mandat conféré après coup, dit-il en substance, il faut admettre que le co-contractant a traité directement avec le tiers ratifiant. Or, une personne qui contracte peut, si elle ne craint pas les conséquences d'une annulabilité, se contenter de la signature d'un mineur. Donc, rien n'empêche de reconnaître que le porte-fort peut être délié par une ratification qui ne met pas le contrat à l'abri de toute critique.

Pour des raisons sur lesquelles il serait inopportun de revenir, il nous faut écarter ce concept d'un mandat *a posteriori*. Sous le bénéfice des explications qui ont été précédemment fournies, quant à la nature de la ratification, il nous faut simplement considérer la situation qui résulte, pour le porte-fort, d'une habilitation insuffisante qu'il reçoit après la passation du contrat. Cette collation ultérieure de pouvoirs n'est pas dépourvue d'effets. Elle engendre même cette conséquence très importante que le tiers n'est plus désormais étranger au contrat. *De virtuel, celui-ci est devenu annulable* et le co-contractant peut juger suffisant un tel résultat (2).

(1) DELVINCOURT. Cours de C. civ., II, p. 471.

(2) Si toutefois l'on admet le système de la Cour de cassation d'après lequel est annulable le contrat passé, au nom d'un mineur, par un tuteur qui agit hors des limites de son mandat légal (V. *supra*, n° 37) la ratification ne produira pas l'effet signalé dans le texte, chaque fois qu'elle émanera d'un mineur. Le contrat restera ce qu'il était, c'est-à-dire annulable. Et comme, dans la généralité des cas, il s'agira d'un de ces actes qui, pour être réguliers, devraient être accomplis selon les formalités prescrites

Dans ces conditions, il semble que le problème posé ne puisse être résolu que grâce à une recherche des intentions des parties.

Si, effectivement, le stipulant et le porte-fort sont tombés d'accord pour admettre la libération du promettant, dans le cas même où la ratification ne rendrait pas le contrat inattaquable, mais simplement annulable, le principe de l'autonomie des volontés commande le respect d'une telle convention. La promesse de porte-fort eut pu très bien n'être pas donnée : il appartient aux parties d'en limiter, comme il leur plaît, la portée.

Mais il faut poser en règle générale que seule une ratification régulière pourra délier le porte-fort (1). Une habilitation insuffisante du représentant ne saurait produire un tel effet : selon la conception classique, il faudrait dire que le paiement n'est pas parfait. D'après le système que nous avons proposé, il faudrait dire que le risque dérivant d'un défaut de pouvoirs chez le représentant n'est pas complètement éteint et que l'engagement d'indemnisation, donné par le porte-fort, ne prendra fin que lorsque la position juridique du co-contractant sera en dehors de toute atteinte. Tant qu'une ratification absolument régulière n'a pas été obtenue, le co-contractant reste soumis à un dommage éventuel, à raison duquel le porte-fort est tenu.

Bien entendu, la ratification ne saurait libérer le représentant sans pouvoirs que dans la mesure où il s'est porté fort. S'il avait accru l'étendue de ses engagements ; si, tout en souscrivant une promesse d'indemnisation pour le cas de non-ratification, il s'était constitué conditionnellement caution de l'obli-

par la loi (vente, partage) le fondement de cette annulabilité n'aura même pas été modifié : ce sera toujours un vice de forme (art. 1311 C. civ.) (Sur ce dernier point V. PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, I, n° 290).

(1) En ce sens : AUBRY et RAU, IV, § 343 *ter*, p. 307, texte et note 8. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, I, n° 142. — DEMOLOMBE, XXIV, n° 223. — LAROMBIÈRE, I, s. art. 1120, n. 8.

gation principale qu'assumerait le tiers en ratifiant, il va sans dire que la survenance de la condition ferait de lui une caution. Mais ce n'est plus en tant que porte-fort, c'est en vertu d'un engagement supplémentaire, volontairement et explicitement souscrit, qu'il serait lié désormais (1).

(1) V. *supra*, n° 22.

CHAPITRE III

De la non-ratification. Ses causes. Ses effets.

53. Nécessité d'une classification des causes de non-ratification.

— 54. Le refus de ratifier : formes diverses sous lesquelles il se manifeste. Recherche d'un procédé technique qui provoque une décision du tiers représenté, relativement au contrat. — 55. L'impossibilité de ratifier : circonstances d'où elle dérive. — 56. Question préjudicielle de savoir si, dans certains cas, le tiers représenté ne serait pas contraint de subir le contrat. — 57. Examen critique du système d'après lequel le maître de l'affaire serait tenu dans la mesure de l'utilité de la gestion. Rejet de ce système. — 58. Exposé de la théorie suivant laquelle le tiers représenté ne serait pas admis à critiquer le contrat, en raison d'une obligation de garantie qu'il aurait recueillie dans la succession du porte-fort, et qui aurait son origine dans la promesse de porte-fort elle-même. — 59. Discussion : la promesse de porte-fort ne saurait être, en aucune manière, et à elle seule, génératrice de garantie. — 60. Si l'exception de garantie a pu, dans certains cas, être valablement opposée au tiers représenté, héritier pur et simple du porte-fort, c'est que ce représentant porte-fort était intéressé dans le contrat principal et, à ce titre, tenu à garantie, mais il n'était pas garant, en vertu de la promesse d'indemnisation, simple pacte subsidiaire.

53. — L'événement peut déjouer les prévisions du porte-fort et la ratification ne pas survenir : c'est alors toute une série de nouveaux problèmes qui s'offrent à l'interprète.

Avant tout, il importe, selon nous, de procéder à la classification des causes de non-ratification. Celles-ci peuvent être réparties en deux groupes : tantôt la non-ratification procède d'un *refus*, tantôt d'une *impossibilité*.

54. — I. 1^o Le *refus* peut être formel et résulter explicitement d'une déclaration que fait le tiers représenté de ne pas s'approprier le contrat conclu en son nom (1).

2^o Il peut être également implicite et dériver d'un agissement du tiers représenté où se marque l'intention de tenir le contrat pour non-venu. Par exemple, le tiers cède à une autre personne que le co-contractant, le droit aliéné par le porte-fort (2) ou encore un propriétaire intente une action en revendication contre un acquéreur entré en possession d'un immeuble qui avait été vendu par un simple porte-fort.

3^o Le refus peut enfin se déduire d'une attitude purement passive que garde le tiers. Tout au moins, aucune contestation ne peut s'élever à cet égard, quand les co-contractants ont, d'un commun accord, fixé le délai à l'intérieur duquel la ratification pourrait avoir lieu (3). Que le contrat soit porté à la connaissance du tiers, que ce dernier laisse s'écouler le délai sans manifester sa volonté de faire le contrat sien, et le refus pourra être considéré comme acquis.

En revanche, l'abstention pure et simple du tiers est susceptible d'engendrer des difficultés, lorsque le co-contractant et

(1) Lors même que l'opération que le tiers refuse de faire sienne serait indéniablement avantageuse, les créanciers ne pourront élever aucun droit de critique : « les seuls actes qui puissent donner lieu à un révocation sur la demande des créanciers sont ceux par lesquels le débiteur s'est appauvri. S'il a simplement négligé de s'enrichir, l'action paulienne ne s'ouvre pas aux créanciers » (PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VII, n^o 939).

(2) Il faut cependant réserver à cet égard, les conséquences qui dérivent du système de l'opposabilité des mutations immobilières. Soit, par exemple, le cas où 1^o un propriétaire vend directement un immeuble à *A* et 2^o ratifie le contrat par lequel un porte-fort avait déjà vendu ce même immeuble à *B*. A notre avis, l'acquéreur *A* ne pourra pas se prévaloir à l'encontre de l'acquéreur *B* de l'anéantissement automatique de l'opération réalisée par le gérant d'affaires. C'est la date des transcriptions respectives des titres qui, en principe, permettra de régler le conflit ; cf. *infra*, n^{os} 98 et s.

(3) V. sur ce point notamment : DEMOGUE, I, n^o 120. — CARREZ, *op. cit.*, p. 262.

le porte-fort n'ont pas pris soin de préciser la date jusqu'à laquelle la ratification serait possible. Et, à cet égard, on ne peut que regretter l'absence, dans notre droit positif, d'une disposition correspondant à celle de l'article 177 C. civ. allemand : « Si quelqu'un, sans pouvoir de représentation (et c'est exactement l'hypothèse selon laquelle nous raisonnons) conclut un contrat au nom d'un autre, l'efficacité du contrat, pour et contre le représenté, dépend de l'approbation de ce dernier. »

« Si, d'autre part, le tiers contractant (selon la terminologie que nous avons employée : le co-contractant) invite le représenté à faire sa déclaration au sujet de l'approbation, cette déclaration ne peut être faite qu'envers elle. *L'approbation ne peut être déclarée que jusqu'à l'expiration d'un délai de deux semaines à partir de la réception de l'invitation ; si elle n'est pas déclarée, elle est réputée refusée.* »

Comme on le voit, le droit allemand a organisé, avec une grande précision technique, une procédure qui permet aux contractants de dissiper très vite les incertitudes que la passivité du tiers est susceptible d'engendrer. Toutes les difficultés de preuve, relativement à la décision du tiers, s'évanouissent. Le représenté est mis en demeure de se prononcer sous quinzaine.

Dans le silence des textes, que convient-il de décider en droit français ? On pourrait être tenté tout d'abord d'affirmer que seul l'écoulement d'un délai de 30 ans déliera les parties. Mais une telle solution serait manifestement contraire aux intentions des contractants, bien que celles-ci n'aient pas été expressément inscrites dans l'acte.

Rien, à notre avis, n'empêche le porte-fort et le co-contractant de fixer, par un nouvel accord, le délai qui n'a pas été stipulé dans la convention originale. Par application des principes de la représentation, nous avons dû poser en règle générale qu'il ne leur était pas possible de modifier le contrat où le représenté était, au moins virtuellement, entré (1). Mais il

(1) V. *supra*, n° 34.

ne paraît pas y avoir d'obstacle insurmontable à admettre que le porte-fort et le co-contractant ont tout au moins la latitude de préciser leurs intentions, par une convention interprétative ultérieure. Aussi bien, on pourrait faire remarquer que le co-contractant et le porte-fort ne sont liés que parce que le tiers n'a pas fait connaître sa décision. Dès lors, pourrait-on dire, pourquoi dénier la possibilité d'un accord complémentaire au premier, qui n'a pour but que de provoquer cette décision ?

Reste à envisager un procédé plus simple, exactement calqué sur celui que l'article 177 B. G. B. permet de mettre en œuvre : le tiers ne pourrait-il pas être mis en demeure de ratifier dans un délai qui lui serait assigné ? Sans doute, en l'absence d'un rapport obligatoire qui lie définitivement le co-contractant et le tiers, il semble techniquement difficile de reconnaître au co-contractant le droit de faire une sommation au tiers qui n'a pris aucun engagement. Mais il faut aussitôt remarquer que le tiers représenté n'est pas complètement étranger, par rapport au co-contractant, puisque c'est en considération de son entrée définitive dans le cercle contractuel que le co-contractant est tenu, comme le porte-fort, de respecter l'accord préalablement établi. Et il paraît nécessaire d'admettre qu'à l'obligation, pour le co-contractant, de maintenir le rapport contractuel jusqu'à la ratification, corresponde, chez le tiers, l'obligation de déclarer sa volonté, relativement au contrat qui a été conclu pour lui et en son nom. Le tiers ne peut pas se prévaloir indéfiniment de la liberté de détermination qui lui a été laissée. Au surplus, la jurisprudence n'a pas hésité à accorder, au promettant, le droit de mettre en demeure le bénéficiaire d'une promesse de contrat, d'accepter dans un délai raisonnable (1). Encore que les situations juridiques ne soient pas exactement les mêmes, et que nous ayons pris soin de distinguer de l'avant-contrat le contrat assorti d'une promesse de porte-fort, il nous semble que, pour

(1) Bourges, 15 juin 1841. D. P. 47.2.347. — Cass. req., 12 juillet 1847. S. 48.1.181. — Cass. req., 6 janvier 1858. S. 59.1.561, note LABBÉ (cf. PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 152).

identité de motifs, la même solution doit être appliquée dans l'un et l'autre cas (1).

55. — II. *L'impossibilité* de ratifier est susceptible de provenir de circonstances variées :

1^o Le tiers peut d'abord, par ses agissements propres, avoir créé une situation juridique telle que l'exécution du contrat conclu par le porte-fort soit désormais irréalisable. Ce cas est très voisin du refus implicite que nous avons mentionné plus haut. Il ne saurait toutefois être confondu avec lui, car en provoquant l'impossibilité de ratifier, le tiers a pu ignorer l'existence du contrat formé, en son nom, par le porte-fort, de telle manière qu'ici *l'intention* de ne pas s'approprier le contrat fait défaut.

2^o Par ailleurs, le tiers peut se trouver soumis à un *statut juridique* tel qu'il ne soit plus en mesure de donner une ratification régulière. Depuis l'accord qui est intervenu entre le cocontractant et le porte-fort, une cause d'incapacité imprévue est survenue. Dans l'intervalle, par exemple, le tiers, atteint de folie, a dû être l'objet d'un jugement d'interdiction (2).

3^o Enfin, le *décès* du tiers a pu arriver, avant que la ratifica-

(1) M. DEMOGUE (III, n^o 51) propose cette solution, mais il y a lieu de noter que selon cet auteur (V, *supra*, n^o 33) le rapport juridique élaboré par le cocontractant et le gérant n'est qu'un avant-contrat.

— Cf. également LABBÉ, *op. cit.*, n^o 53 : « Que l'on ne soit pas frappé des inconvénients d'une ratification indéfiniment retardée, car le maître peut être mis en demeure de se prononcer et ne doit demander que le temps normalement nécessaire pour examiner l'affaire et consulter son intérêt. »

(2) Il peut arriver qu'au moment même où la promesse du porte-fort est faite, la possibilité d'une ratification soit des plus incertaines : nous faisons allusion ici au cas où la personne, dont l'approbation est attendue, se trouve déjà interdite (Limoges, 22 juillet 1896. D. P. 99.2.93 ; S. 99.2.262). Il faut alors admettre que les parties ont entendu prolonger l'attente jusqu'au moment où, l'interdiction étant levée, la ratification pourra avoir lieu (à moins qu'un délai n'ait été expressément stipulé). — Même arrêt, solution implicite.

tion ait eu lieu ; et le contrat conclu au nom du tiers par le porte-fort est de telle nature, ou bien la situation créée par ce décès est telle que désormais la ratification n'est plus possible.

Si, en effet, le contrat, assorti de la promesse de porte fort, avait été conclu en considération de la personne du tiers, il est évident que les successeurs à titre universel du *de cujus*, ne sauraient s'en prévaloir.

D'autre part, s'il faut admettre en thèse générale que le droit conféré au tiers de s'approprier le contrat fait partie de son patrimoine dès le moment de la représentation, et se trouve transmis aux héritiers, par le jeu de la dévolution successorale, il n'en est pas moins vrai que les héritiers peuvent se trouver eux-mêmes dans l'impossibilité de ratifier. Pour préciser l'hypothèse, il suffit d'évoquer le cas d'héritiers mineurs. Ce serait alors déformer les intentions du co-contractant et du porte-fort que de prolonger la durée de leur accord de telle sorte que, la nouvelle cause d'incapacité ayant à son tour disparu, la ratification soit de nouveau possible. Il faut considérer que l'on se trouve, dans cette hypothèse, devant une impossibilité de ratifier.

Tels nous paraissent être les principaux ordres entre lesquels se répartissent les causes de non-ratification. Comme en matière de ratification, et pour les mêmes raisons, il nous faut examiner successivement les incidences de la non-ratification :

A) Sur le contrat conclu entre le co-contractant et le porte-fort.

B) Sur les rapports entre le porte-fort et le tiers.

C) Sur les rapports entre le co-contractant et le porte-fort.

56. — Toutefois une question préjudicielle doit être résolue. Elle peut se formuler ainsi : n'y a-t-il pas des cas où le tiers se trouve dans l'impossibilité de ne pas s'approprier le contrat, où, par conséquent, la non-ratification ne se conçoit pas ?

Nous avons raisonné jusqu'ici comme si la liberté de déter-

mination du tiers était absolue. N'y a-t-il pas des hypothèses où cette liberté souffre une atteinte ?

Sur ce point, deux systèmes ont été proposés qui n'ont de commun que la similitude de la conclusion d'ordre général à laquelle ils aboutissent : dans certains cas, le tiers est lié. Mais ils ne se réfèrent aucunement aux mêmes situations juridiques. Ils se développent sur des plans essentiellement différents,

57. — I. On a tiré argument de la qualité de gérant d'affaires que peut prendre le porte-fort pour prétendre que le maître, au nom duquel le porte-fort avait agi, était tenu dans la mesure de l'utilité de la gestion (1).

Remarquons d'abord que le raisonnement ne saurait avoir pratiquement qu'une portée limitée, car quelque extension que l'on donne au domaine de la gestion d'affaires, l'utilité ne saurait guère être invoquée à propos d'actes, comme la vente et le partage, qui intéressent le fond même du droit du tiers représenté.

Mais à l'intérieur même de ces limites, où l'utilité du contrat pourrait être prise en considération, il ne nous semble pas que la solution proposée pourrait être admise. Comme nous l'avons déjà noté (2), le fait que le gérant d'affaires se porte fort implique, de sa part, renonciation à se prévaloir de l'effet obligatoire que la loi attache à l'utilité de la gestion. Par cela seul qu'ils font et acceptent respectivement une promesse d'indemnisation, le gérant d'affaires et le co-contractant reconnaissent la nécessité d'une ratification, et, du même coup, réservent la liberté de détermination du tiers.

58. — II. Mais on a encore mis en avant contre l'autonomie du tiers une autre argumentation : on a allégué (3), et la juris-

(1) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, nos 49 *in fine* et 52.

(2) V. *supra*, n° 6.

(3) V. notamment SAVATIER, article précité du *Répertoire général pratique du Notariat et de l'Enregistrement*, 1928, p. 63.

prudence a paru admettre (1) que, dans certains cas, le tiers représenté ne pouvait pas écarter de son patrimoine les effets du contrat conclu en son nom et pour son compte. La dialectique déployée ne pêche certes pas par un défaut de subtilité. On pourrait peut-être y discerner un manque de clarté qui en rende difficiles tout à la fois l'exposé et la discussion. Cette obscurité nous semble d'ailleurs avoir son origine dans la variabilité du contenu de la notion de garantie, autour de laquelle tout le système est axé.

Voici comment il paraît bien que l'on puisse présenter, sans la déformer, l'argumentation dont il s'agit : le porte-fort, dit-on, qui s'est engagé à procurer l'adhésion du tiers, ne doit rien faire qui puisse empêcher la ratification du contrat. Et cette obligation d'abstention offre cette particularité qu'elle est indivisible. Qu'avant la ratification, le porte-fort vienne à décéder, en laissant pour héritier le tiers, (celui-là même dont la ratification a été promise), que, par surcroît, la succession soit acceptée purement et simplement, l'héritier recueillera dans son propre patrimoine cette obligation de garantie indivisible qu'avait assumée le porte-fort. *En tant qu'ayant cause du porte-fort*, le tiers sera tenu, comme son auteur, de respecter le contrat. Il ne sera pas contraint de ratifier, en ce sens qu'on ne pourra exiger de lui une approbation expresse du contrat conclu en son nom, mais il devra, pratiquement, subir les effets du contrat, car il se verra opposer, par le bénéficiaire de la promesse, *l'exception de garantie*. Un artifice de procédure permettrait ainsi de rendre inattaquable la situation juridique issue du contrat conclu entre le co-contractant et le porte-fort.

59. — Toute cette construction nous semble basée sur une indéniable confusion. Si, en effet, le porte-fort est tenu de ne rien faire qui puisse compromettre le sort du contrat qu'il a conclu, au nom et pour le compte du tiers, ce n'est pas en rai-

(1) V. les décisions citées plus loin.

son de la promesse d'indemnisation qu'il a souscrite, *mais en raison de la gestion d'affaires qu'il a entreprise*. La naissance, au profit du tiers, du droit de s'approprier l'opération, commande, de la part du co-contractant et du gérant d'affaires, le respect du contrat établi. Mais c'est tirer la conséquence la plus inattendue de cette obligation du gérant, *justifiée par l'intérêt du tiers*, que d'en faire surgir le principe d'une obligation à la charge du tiers lui-même.

Le mécanisme de la dévolution de la succession du porte-fort au bénéfice du tiers exige une analyse minutieuse.

Considérons les positions respectives : 1^o du porte-fort et 2^o du tiers, relativement au contrat, avant que le droit héréditaire ne s'ouvre.

1^o a) Le porte-fort, en tant que tel, est tenu conditionnellement, envers le stipulant, de l'indemniser de tout le dommage qui proviendrait d'un défaut de ratification.

b) En tant que gérant d'affaires, il est astreint à ne rien faire qui puisse priver le tiers, au nom duquel il a agi, du droit de faire sien le contrat.

Peut-on dire qu'il soit obligé, en tant que gérant d'affaires, et à l'égard du co-contractant, de garder une attitude passive relativement au contrat ? Il ne le semble pas. En admettant même que la révocation du contrat soit possible avant la ratification, cette destruction du contrat ne pourrait être que l'œuvre commune du co-contractant et du porte-fort (1). Un agissement de caractère purement unilatéral serait de nul effet. Sans doute, le co-contractant peut avoir un intérêt immédiat et actuel à la conservation d'un accord qui, la ratification survenant, lui procurera l'avantage définitif qu'il en escompte. Mais il est, d'ores et déjà, à l'abri d'une déclaration unilatérale de volonté du porte-fort qui tendrait à anéantir le contrat.

2^o Quant au tiers lui-même, le contrat, simplement virtuel, lui est inopposable jusqu'à la ratification.

(1) V. *supra*, n^o 33.

La succession du porte-fort s'ouvre : le tiers, héritier, accepte purement et simplement.

Il recueille, à n'en pas douter, l'obligation passive conditionnelle qui dérive de la promesse d'indemnisation que son auteur a souscrite.

Il recueille pareillement l'obligation d'abstention qui pesait sur le gérant d'affaires porte-fort. Mais comme il est créancier, comme c'est à son profit que cette obligation existe, il se produit une extinction par confusion (art. 1300 C. civ.).

En ce qui concerne le contrat lui-même: celui-ci reste toujours inopposable au tiers. Le représentant, une fois que sa déclaration de volonté a formé le rapport contractuel, peut disparaître. Même s'il est l'héritier du représentant, le représenté ne voit sa situation aucunement modifiée. Quand le co-contractant et le porte-fort ont fixé leurs conventions, ils ont entendu réserver au tiers le droit de s'approprier, ou non, l'opération. Le co-contractant notamment avait la claire notion de l'entière liberté du tiers, puisqu'il acceptait la promesse d'indemnisation destinée à couvrir le risque d'un défaut de ratification. On discerne mal à la suite de quelle transformation des positions respectives des parties, le co-contractant dénierait un jour le pouvoir de détermination qu'il reconnaissait originairement au tiers.

Au surplus, et cette observation pourrait bien être décisive, l'exception de garantie suppose, pour sa mise en œuvre, une action. Or, quelle action le tiers serait-il susceptible d'exercer ? Il ne peut être question d'une action en nullité puisque, jusqu'à la ratification, le contrat est inopposable au tiers (1). Ce dernier n'a pas à faire tomber un contrat qu'il lui est pleinement loi-

(1) Nous raisonnons évidemment en supposant admises les conclusions que nous avons proposées, quant à la valeur juridique du contrat avant la ratification. Si, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation (V. *supra*, n° 37) on estime que le contrat passé par un tuteur porte-fort au nom d'un mineur n'est pas simplement virtuel, ni inopposable à ce mineur, mais *annulable*, il est clair qu'alors une action en nullité pourra être intentée.

sible d'ignorer. Et si l'action intentée par le tiers a pour objet l'exécution d'une obligation dérivant du contrat, c'est que le tiers a, au moins implicitement, donné sa ratification. Il nous faut donc poser en principe que, même lorsqu'il recueille purement et simplement la succession du porte-fort, le tiers peut refuser son approbation (1). C'est dans ce sens d'ailleurs que s'est prononcée la Cour de Cassation, dans un arrêt du 22 juillet 1879 (2) : un père avait donné à bail un immeuble, en se portant fort de ses enfants mineurs. A sa mort, ses enfants héritiers, ayant refusé de ratifier, furent simplement condamnés, par la Cour de Douai, à verser l'indemnité à laquelle donnait lieu la promesse de porte-fort. Et la Chambre des Requêtes rejeta le pourvoi.

Cependant, il faut bien reconnaître que la liberté de détermination du tiers, dans l'hypothèse qui vient d'être examinée, demeure surtout théorique. Pratiquement, le tiers préférera ratifier, plutôt que de réparer, comme ayant-cause de l'auteur de la promesse, le dommage causé par son refus. Il n'en demeure pas moins qu'une ratification moralement forcée ne saurait équivaloir à une ratification juridiquement nécessaire.

60. — A vrai dire, on a invoqué, à l'appui de la théorie que nous avons critiquée, un certain nombre de décisions de la Cour de Cassation, où l'on voit en effet opposer, à des personnes pour lesquelles on s'était porté-fort, une obligation de garantie qui était à la charge de l'auteur de la promesse. Mais il nous semble bien que ce soit à tort, et peut-être faut-il se demander si le système proposé ne serait pas le fruit d'une généralisation inexacte de données jurisprudentielles dont on aurait dénaturé le vrai sens.

Un arrêt du 28 juin 1859 (3) nous fournit, à cet égard, un

(1) En ce sens : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 52, BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, I, n° 138. — AUBRY et RAU, IV, § 343 *ter*, p. 515.

(2) D. *Juris. gén.* v° obligations, n° 100, n. 1. S. 80.1.20.

(3) Civ., 28 juin 1859. D. P. 59.1.299 ; S. 59.1.753.

exemple caractéristique : un père tuteur avait vendu un bien indivis entre ses enfants mineurs et lui, en se portant fort de la ratification desdits enfants, à leur majorité. Les enfants, après avoir hérité de leur père, demandèrent la nullité de la vente. La Cour de cassation les déclara non recevables : ayant accepté la succession de leur père, *ils avaient succédé à son obligation personnelle ; ils étaient tenus à garantie.*

Voici qui paraît, à première vue, confirmer la théorie d'après laquelle le tiers, dans certains cas, serait lié par l'agissement du porte-fort. Mais quand on examine de plus près la situation juridique évoquée par l'arrêt, on est amené aux constatations suivantes :

Si les enfants se virent opposer l'exception de garantie, c'est parce que leur père *était lui-même vendeur.*

La promesse de porte fort est ici hors de cause : *ce n'est pas elle qui est génératrice de garantie.* Elle eût pu fort bien n'être pas donnée, et la vente avoir lieu néanmoins. En l'espèce, le porte-fort ne s'était pas contenté de représenter ses enfants, en vue de la cession de leurs parts indivises. Il avait vendu *pour son compte sa propre quote-part.* Et c'est de là que dérivait la garantie dont l'acquéreur se prévalait. En recueillant la succession de leur père, les enfants avaient en effet succédé à cette obligation indivisible de garantie, à laquelle leur père, *en tant que vendeur,* était tenu. L'arrêt, en définitive, s'est contenté de constater que les ayants cause à titre universel sont garants au même titre que leur auteur (1).

(1) C'est par application de ce même raisonnement que peut se justifier, selon nous, un arrêt de la Chambre des requêtes du 12 avril 1927 (*Rép. gén. du Not. et de l'Enreg.*, 1928, n° 21.677) qui, apparemment, infirme, lui aussi, notre thèse et qui, par ailleurs, semble contenir une doctrine diamétralement opposée à celle de l'arrêt du 22 juillet 1879, analysé plus haut. L'antinomie de ces deux décisions est, au premier abord, d'autant plus marquée et le revirement jurisprudentiel d'autant plus net que les circonstances de fait étaient à peu près les mêmes dans l'un et l'autre cas. Comme dans l'espèce de 1879, il s'agissait d'un bail : un ascendant avait passé un contrat de louage d'immeuble, en agissant

Que les obligations, ainsi assumées par un porte-fort, *en tant qu'il contracte pour son compte personnel* (et non pas en tant qu'il fait une promesse d'indemnisation) puissent avoir leur répercussion sur la situation juridique du tiers représenté, par le jeu d'une dévolution successorale, c'est ce qui ne saurait être nié. Mais ce qu'il nous a paru nécessaire de souligner c'est que, en aucun cas, la garantie que l'on oppose au tiers ne saurait dériver ni de la promesse de porte-fort elle-même, ni de la qualité du gérant d'affaires que pourrait avoir le porte-fort. Elle ne

tant en son propre nom qu'au nom et comme se portant fort de ses descendants mineurs. Or, contrairement à ce qu'elle avait antérieurement décidé, la Chambre des requêtes admit la mise en œuvre de l'exception de garantie, à l'encontre desdits descendants, héritiers du bailleur, qui avaient demandé la réduction de la durée de la location, fixée originellement à quinze ans : « en se portant fort de ses enfants et petits-enfants, déclara-t-elle, il (le bailleur) avait contracté une obligation dont ses héritiers acceptants étaient tenus de garantir l'exécution. » Si l'on prend cette formule au pied de la lettre, on est amené à penser que, pour la Cour de cassation, c'est la promesse de porte-fort qui est, par elle-même, génératrice de garantie. Mais si l'on soumet les deux arrêts en question à un examen comparatif, on est conduit aux constatations suivantes : dans l'espèce de 1879, le bailleur n'était qu'un usufruitier légal ; dans l'espèce de 1927, il était à la fois usufruitier pour partie et *copropriétaire de l'immeuble loué*. Et cette différence des situations juridiques explique à notre avis, la divergence des solutions. En succédant à celui qui n'était qu'un usufruitier, les nus-propriétaires pour lesquels on s'était porté fort, avaient pu obtenir la réduction de la durée du bail, sans voir leur action paralysée par une exception de garantie du chef de leur auteur. Ils avaient en effet exercé un droit qui leur était propre, qu'ils tenaient de leur qualité de nus-propriétaires et le locataire n'avait pu se prévaloir à leur égard, en tant qu'ayants cause de l'usufruitier, d'une garantie que l'usufruitier ne devait pas : les droits de jouissance conférés par un usufruitier sont fonction de la durée de l'usufruit lui-même. Au contraire, dans l'espèce de 1927, le bailleur avait agi *en tant que co propriétaire* : en recueillant, par conséquent, dans sa succession la quote-part du droit de propriété qu'il possédait sur l'immeuble loué, ses héritiers avaient recueilli en même temps l'obligation indivisible de garantie qu'il avait assumée, non pas en tant qu'usufruitier mais en tant que propriétaire. Ainsi se résout, à notre avis, l'antinomie que nous avons signalée. Et l'arrêt de 1927 peut être expliqué et justifié sans faire appel à une notion de garantie qui prendrait sa source dans la promesse de porte-fort elle-même.

saurait être mise en œuvre que lorsque le porte-fort est intéressé lui-même, directement, au contrat, et contracte pour son compte, dans la mesure même de cet intérêt (1).

Sous le bénéfice de ces explications, il nous faut examiner les effets de la non-ratification, selon le plan précédemment proposé.

SECTION I

Effets de la non-ratification sur le contrat lui-même.

61. Toute possibilité d'un rapport juridique entre le co-contractant et le tiers disparaît. — 62. Cas de rétractation d'un refus.

61. — La non-ratification, qu'elle provienne d'un refus, ou qu'elle procède d'une impossibilité, empêche le contrat de devenir définitif. Il en va du contrat virtuel, dont le sort est soumis à l'approbation du tiers, comme du contrat conditionnel que deux volontés autonomes et pleinement efficaces peuvent former : si, dans le premier cas, l'adjonction d'un élément nécessaire ne se produit pas ; si, dans le second cas, tel événement, expressément prévu, ne se réalise pas, les obligations que le contrat eut pu engendrer ne prennent pas naissance. Les déclarations de volonté réciproques du co-contractant et du représentant porte-fort ne constituent plus que de simples faits, insusceptibles d'engendrer les effets juridiques envisagés, puisque la corrélation attendue entre la volonté du représentant et celle du représenté n'est pas acquise. Chacun des contractants est délié, chacun recouvre sa liberté d'action (2).

Entre le co-contractant et le tiers représenté, aucun rapport juridique n'est établi. Ils demeurent étrangers l'un à l'égard

(1) Il sera de nouveau question de cette notion de garantie, dans la suite de cette étude, notamment à propos des partages d'ascendant. V. *infra*, nos 127, 134, 135, 137, 138.

(2) En ce sens : CARREZ, *op. cit.*, p. 244 et 262.

de l'autre, et si, par suite d'une exécution immédiate du contrat conclu avec le porte-fort, le co-contractant est déjà entré en possession des biens du tiers, ou a bénéficié d'un enrichissement, il sera exposé, suivant les cas, à une action en revendication, ou à une action *de in rem verso* (1).

Toutes ces conséquences dérivent normalement du fait que le représentant a agi sans pouvoirs.

62. — Cependant, une difficulté particulière se fait jour, dans le cas où le tiers, après avoir refusé, rétracte son refus.

En l'absence de toute donnée jurisprudentielle, on ne peut, à notre avis, proposer une solution qu'à la faveur d'une distinction.

1° Si le co-contractant a eu connaissance du refus de ratifier, il ne nous semble pas douteux que l'on doive dénier la possibilité d'une ratification. Par la sorte de désaveu qu'il a infligé au porte-fort, le tiers représenté a fait perdre à la volonté de son représentant bénévole tout pouvoir créateur. A partir du moment où le co-contractant a pu constater que la collation de pouvoirs, en laquelle s'analyse la ratification, n'avait pas eu lieu, il a pu considérer le contrat comme non avenu. Il est dégagé de tout rapport juridique, même virtuel, avec le tiers. Une ratification succédant à un refus ne produirait plus aucun effet, puisque, par le fait du représenté lui-même, la situation juridique préexistante aurait disparu. Il en serait de même d'ailleurs de la ratification qui aurait lieu après le délai prévu dans le contrat. Si donc le tiers vient réclamer l'exécution des obligations auxquelles le contrat eut donné naissance, il s'entendra répondre que le refus préalable a empêché le contrat de devenir définitif.

Si, en dépit du refus antérieur, le co-contractant prend en

(1) En ce sens : CARREZ, *op. cit.*, p. 263. — *Contra* : Douai, 9 avr. 1900. D. P. 1901.2.1, note PONCET (mais la doctrine de cet arrêt nous paraît être en désaccord absolu avec les données actuelles de la théorie de l'enrichissement sans cause.)

considération le consentement tardif du tiers représenté, il nous paraît nécessaire de préciser qu'alors c'est un nouveau contrat qui sera conclu. Les parties pourront bien prendre pour base de leur accord, les conventions établies entre le co-contractant et le porte-fort, mais ce sera à titre de simple référence, le contrat originaire ne pouvant plus engendrer d'effets. De là, procède cette conséquence nécessaire et pratiquement importante, que le nouveau contrat ne prendra date qu'au jour où se seront effectivement réunies les volontés concordantes du co-contractant et du tiers.

2^o En revanche, lorsque le co-contractant ignore le refus, la ratification nous semble possible (à condition, bien entendu, qu'elle ait lieu à l'intérieur du délai qui aurait pu être fixé dans le contrat). Tant que le co-contractant peut voir dans le porte-fort un représentant du tiers, tant qu'une désapprobation émanant du représenté n'est pas venue le libérer du contrat virtuel qui avait été formé, la ratification produira tous les effets qu'elle amène avec soi.

SECTION II

Effets de la non-ratification sur les rapports entre le porte-fort et le tiers.

63. Le porte-fort et le tiers demeurent étrangers l'un à l'autre.

63. — En analysant le rôle du porte-fort qui conclut un contrat pour autrui, nous avons été amené à lui reconnaître la qualité d'un gérant d'affaires conditionnel. Et la condition à laquelle se trouvait subordonnée l'efficacité de la gestion consistait, avons-nous noté, en une approbation que le maître devait ultérieurement donner (1). La non-ratification, qui implique la défaillance de cette condition, empêche tout rapport

(1) V. *supra*, n^o 6.

obligatoire de se former entre le porte-fort et le tiers. Sur ce point nos explications ne sauraient être que très brèves. Il nous suffira de souligner qu'en aucun cas, les frais et dépenses engagés par le porte-fort ne sauraient lui être remboursés, car un tel dédommagement, a pour mesure l'utilité de la gestion (art. 1375, C. civ.), et comme, dans notre hypothèse, le maître que l'on a institué seul juge de cette utilité refuse (ou n'est pas à même) de s'approprier l'affaire, il ne doit rien. De toute manière, il reste étranger à un contrat, qui a bien été formé en son nom, mais qu'il lui était pleinement loisible de méconnaître.

SECTION III

Effets de la non-ratification sur les rapports entre le porte-fort et le co-contractant.

64. Double origine de ces effets : le contrat principal, d'une part, la promesse d'indemnisation, d'autre part. — 65. Restitutions possibles au cas où le contrat, non ratifié, a déjà été exécuté. — 66. La non-ratification et la promesse de porte-fort : ouverture du droit à indemnité. Fondement de ce droit : le risque contractuel assumé par le porte-fort est réalisé. — 67. Détermination de l'étendue du risque. Cas d'un refus de ratifier. — 68. Cas d'une impossibilité de ratifier. — 69. Bases sur lesquelles doit être calculée l'indemnité. Nécessité d'une application par analogie du principe indemnitaire selon lequel la somme allouée ne peut être supérieure, en aucun cas, à l'importance du dommage effectivement subi : impossibilité de tenir compte du chiffre inscrit dans une prétendue « clause pénale » s'il dépasse le montant du préjudice. — 70. Examen de la controverse que soulève la possibilité d'une substitution du porte-fort au tiers dans le rapport contractuel. — 71. Les théories en présence. — 72. Nécessité de résoudre ce problème en faisant appel aux principes de la représentation : la substitution peut avoir lieu, mais à condition que le mécanisme en ait été réglé dans le contrat.

64. — C'est dans les rapports entre le co-contractant et le stipulant que la non-ratification produit les effets les plus étendus et les plus complexes.

Ces effets ont deux causes nettement distinctes : le contrat

d'une part, le pacte adjoint dans lequel nous avons reconnu une promesse d'indemnisation, d'autre part.

65. — I. Si la non-ratification du contrat lui-même peut exercer quelque influence sur les situations juridiques respectives des parties, c'est que l'accord établi entre le co-contractant et le représentant sans pouvoirs a, malgré sa précarité, reçu au moins un commencement d'exécution. Il faut supposer qu'en dépit du défaut d'habilitation du représentant, les prestations auxquelles le contrat eut donné lieu normalement ont été, en fait, exécutées (certaines d'entre elles du moins). S'agissant d'une vente, par exemple, le porte-fort a déjà touché le prix d'un acquéreur trop confiant dans la ratification. Dans de telles hypothèses, il nous semble que l'action en répétition de l'indu pourra être mise en œuvre. Des mutations de valeurs ont eu lieu, à la faveur d'un contrat dont l'efficacité avait été inexactement estimée. La non-ratification révèle l'erreur des contractants. Les paiements qui ont pu être faits n'ont pas leur raison d'être et des restitutions peuvent être nécessaires.

Il y aura lieu d'appliquer simplement ici les principes généraux de la matière.

66. — II. Mais il ne s'agit là que d'hypothèses particulières. En revanche, le défaut d'approbation du contrat par le tiers représenté est en liaison directe et nécessaire avec la promesse de porte-fort elle-même. La non-ratification, en effet, donne, en principe, ouverture à un droit à indemnité dont le stipulant peut se prévaloir (art 1120 C. civ.).

Dans le système classique où la promesse de porte-fort est considérée comme une obligation de faire, l'explication est ainsi proposée : le porte-fort avait pris l'engagement envers le stipulant de « rapporter la signature » du tiers. Cet engagement doit être considéré comme inexécuté, lors même que le porte-fort aurait épuisé tous les moyens à sa disposition pour convaincre le tiers de s'approprier le contrat. Un résultat avait été promis :

il n'est pas obtenu. L'obligation de faire qui pesait sur le promettant se résout, dès lors, en dommages-intérêts, conformément à l'article 1142 C. civ.

Si l'on met en œuvre, au contraire, la théorie que nous avons proposée, le raisonnement doit être présenté tout autrement. Il ne saurait être question de condamner le porte-fort, à raison de l'inaccomplissement d'une obligation qui se situait, par définition, en dehors de sa propre sphère d'activité. En réalité, le porte-fort avait assumé le risque qui provenait de son absence de pouvoirs. Le dommage consécutif à ce défaut d'habilitation survient. La condition à laquelle était subordonnée l'obligation de donner, souscrite par le porte-fort, prend ainsi naissance. Et, l'indemnité que l'assureur du risque contractuel s'était engagé à verser, devient exigible.

67. — Un tel résultat se produit-il automatiquement, chaque fois que la ratification n'est pas obtenue ? A notre avis, la solution affirmative nous semble correspondre à la généralité des cas. Mais tout le problème nous semble dominé par les intentions des parties : il s'agit de savoir quelle a été exactement « l'opinion du risque » que le porte-fort a entendu prendre à sa charge.

Dans les hypothèses où le défaut de ratification procède d'un refus du tiers, aucun doute ne saurait être élevé. La discordance entre sa volonté propre et celle du tiers se trouve constituer précisément le risque que le représentant bénévole a entendu couvrir en se portant fort. Pour identité de motifs, il doit en être ainsi lorsque la non ratification dérive d'une impossibilité que le tiers représenté a créée par ses propres agissements. En contractant au nom d'un tiers qui ne lui avait pas conféré l'habilitation préalable, le porte-fort s'exposait évidemment aux risques d'une initiative du représenté qui vint annihiler les effets de la représentation spontanément entreprise.

68. — En revanche, lorsque la non-ratification a sa cause dans une modification du statut juridique du tiers (folie ou encore décès du tiers) (1), la question est infiniment plus délicate. Sans doute, le porte-fort a garanti au co-contractant le parachèvement, le passage au stade définitif du contrat virtuel qui a été formé. Mais, à notre avis, on ne saurait admettre que le droit à indemnité s'ouvre, chaque fois que l'approbation promise n'est pas obtenue et quelle que soit la raison pour laquelle la ratification n'est pas donnée. Il nous semble conforme aux intentions des parties de poser, en principe, que le porte-fort ne sera tenu d'indemniser le stipulant que si aucun fait imprévu ne vient changer le cours normal des événements (*rebus sic stantibus*). Sans doute, rien ne s'oppose à ce que le porte-fort couvre tous les risques possibles. Mais, selon nous, une obligation aussi étendue, ne saurait résulter que d'une stipulation expresse.

69. — A supposer qu'une indemnité soit due, sur quelle base conviendra-t-il d'en déterminer le montant ?

Si l'on adopte le système classique où la promesse de porte-fort est considérée comme une obligation de faire, il y a lieu purement et simplement d'appliquer les règles qui ont été établies pour la fixation des dommages-intérêts compensatoires. Perte effectivement subie par le co-contractant, d'une part, manque à gagner, d'autre part, tels sont les deux éléments dont la combinaison servira à chiffrer l'indemnité que doit verser le porte-fort. Bien entendu, si une clause pénale a été insérée dans la convention, toute difficulté d'appréciation disparaîtra (2).

Selon la théorie que nous avons proposée, et d'après laquelle la promesse de porte-fort s'analyse en une obligation conditionnelle de fournir une indemnité au stipulant, il ne saurait être

(1) Cass. civ., 28 nov. 1866. D. P. 66.1.469 (décès du mineur pour lequel on s'était porté fort).

(2) Cf. notamment CARREZ, *op. cit.*, p. 265. — V. Rennes, 28 oct. 1931. *Journ. Soc.*, 1932.275.

question de la mise en œuvre automatique des principes généraux de la responsabilité contractuelle. Il ne s'agit pas ici en effet de réparer les conséquences préjudiciables d'une faute contractuelle que le porte-fort n'a pas commise. Assureur d'un risque contractuel, le porte-fort est tenu, selon qu'il s'y ait engagé, de réparer le dommage causé par son défaut d'habilitation. Mais le calcul de l'indemnité due s'opèrera d'après les données mêmes que fournit l'article 1149 C. civ., car c'est bien de tout le préjudice subi, augmenté du bénéfice manqué, que l'auteur de la promesse s'est éventuellement reconnu comptable envers son co contractant (1). Toutefois, comme nous l'avons déjà noté (2), en aucun cas le bénéficiaire de l'engagement du porte-fort ne pourra toucher une somme supérieure à l'importance du dommage effectivement subi. Un tel résultat est possible, selon le système classique, par le jeu de la clause pénale,

(1) Il ne saurait être question de réduire le montant de l'indemnité due par le porte-fort à ce que les auteurs allemands ont appelé le « *negative vertrag interesse* », l'intérêt négatif que le cocontractant aurait eu à ne pas contracter (l'intérêt positif d'exécution étant éliminé du calcul). Dans le système allemand, en effet (art. 179 B. G. B. ; cf. sur ce point, le commentaire donné par SALEILLES dans la traduction qu'a publiée le Comité de législation étrangère), cette limitation de l'obligation de réparation trouve sa justification dans une erreur du représentant qui, de bonne foi, a cru à l'existence de son pouvoir. De toute évidence, on ne trouve rien de semblable dans l'hypothèse du contrat passé par un porte-fort : aucune équivoque n'est possible, quant au défaut d'habilitation de ce représentant spontané. Toute notion de *culpa in contrahendo* doit être bannie du débat. La non-ratification est purement et simplement la réalisation du risque contractuel que le porte-fort avait expressément assumée (V. *supra*, nos 14 et s.) : il n'y a donc qu'à procéder au règlement de l'indemnité qui est devenue exigible. Sur quelles bases ? A l'appui de la solution proposée dans le texte, on peut alléguer l'intention commune et certaine des parties : quand la promesse a été donnée, le cocontractant — stipulant et le gérant d'affaires — porte-fort ont envisagé sous son double aspect, positif et négatif, le dommage, susceptible de naître du défaut de pouvoirs de l'un d'eux. C'est même sur l'assurance précise que ce dommage serait intégralement réparé que le cocontractant a accepté de se soumettre à la loi d'un contrat irrévocable.

(2) V. *supra*, n° 15, p. 34, note 1.

puisque'il n'y a aucune correspondance nécessaire entre le chiffre forfaitaire auquel sont évalués les dommages-intérêts, et la somme qui représente le préjudice réellement subi. Au contraire, si la conception que nous avons exposée est exacte, les mots « clause pénale » sont inadéquats à la réalité juridique (1) et il convient, pour de pressantes raisons d'analogie, d'appliquer la règle traditionnelle, inscrite maintenant dans un texte (art. 28 de la loi du 13 juillet 1930) selon laquelle le contrat d'assurance ne saurait être, pour l'assuré, une source d'enrichissement : l'indemnité doit tendre vers la réparation intégrale du préjudice éprouvé, mais elle ne saurait aller au delà (2).

70. — C'est ici que surgit une des controverses les plus complaisamment étudiées par la doctrine, à propos de la promesse de porte-fort. Les deux questions suivantes nous semblent en résumer les données :

1^o Le co-contractant, au lieu de réclamer une indemnité ne pourrait-il, à condition que la nature des obligations dérivant du contrat ne s'y opposât pas, contraindre le porte-fort à prendre ledit contrat pour son compte ? (3)

(1) V. *supra*, n^o 15.

(2) Si elle était admise, la solution que nous proposons serait peut-être de nature à paralyser certaines manœuvres de chantage caractérisé auxquelles donne lieu parfois la « clause pénale » insérée dans un contrat pour autrui avec promesse de porte-fort (nous ne pouvons appuyer notre affirmation sur aucune donnée jurisprudentielle ; nous ne pouvons faire état que de renseignements de source officieuse). Le procédé employé est des plus simples : il consiste à fixer à un chiffre exagérément élevé le montant des « dommages-intérêts » que devra verser le porte-fort au cas de non-ratification. Par hypothèse, le porte-fort est quelque peu inexpérimenté en affaires et l'opération qu'il passe n'est avantageuse que pour le cocontractant. Si elle ne consultait que ses propres intérêts, la personne dont la « signature » a été promise, refuserait de s'approprier le contrat. Mais il y a « la clause pénale » dont ce refus déclencherait l'application brutale. Pour épargner au porte-fort un paiement trop lourd, le tiers représenté est alors contraint pratiquement de ratifier.

(3) Cette option est expressément offerte par l'article 179 B. G. B., à celui qui a conclu un contrat avec un représentant sans pouvoirs, lors-

2° Inversement, le porte-fort, actionné en versement de l'indemnité, ne peut-il, à titre de compensation et de sa propre autorité, se substituer à la personne pour le compte de laquelle le contrat a été formé, et qui refuse de ratifier?

Il convient de noter tout d'abord l'intérêt nécessairement limité du débat : dans la plupart des contrats où la convention de porte-fort est employée, la substitution des contractants est pratiquement impossible. Il ne peut être question, par exemple, pour un porte-fort de prendre les lieu et place d'un vendeur ou d'un co-partageant dont l'approbation a été promise et qui refusent de ratifier ou une vente ou un partage.

Par ailleurs, on ne peut s'empêcher de constater, sur ce point, l'influence persistante de cette conception, d'après laquelle la promesse de porte-fort s'analyse en une obligation de faire. Sous les deux formes où il est posé, le problème se ramène à rechercher si le bénéficiaire de la promesse ne peut, soit contraindre le promettant à une exécution en nature (et c'est la première question), soit être lui-même astreint à accepter un tel mode de réparation (et c'est la seconde question). Lorsqu'on ne voit dans l'article 1120 c. civ., qu'un cas d'application du principe général de l'article 1142 C. civ., l'article 1144 C. civ. est fatalement évoqué. Un solide lien logique enchaîne ainsi les différentes controverses.

71. — Pour fonder le droit du co-contractant stipulant à obtenir du porte-fort qu'il prenne, dans le rapport contractuel

qu'il ne connaissait pas ce défaut d'habilitation. Dans cette hypothèse, le cocontractant peut astreindre le représentant « soit à exécuter lui-même, soit à fournir réparation du dommage, lorsque le représenté refuse de donner son approbation au contrat ». — Quand la promesse de porte-fort est une convention indépendante, la question que nous examinons dans le texte peut se poser également : le porte-fort peut-il alors exécuter, aux lieu et place du tiers, le fait en considération duquel la promesse a été faite ? Encore faut-il, comme l'écrit LAROMBIÈRE (I, s. art. 1120, n° 6) qu'il s'agisse « d'un de ces faits, pour ainsi dire, fongibles, qui peuvent être accomplis indifféremment par le premier venu ».

formé, la place de celui dont la ratification avait été promise, on a principalement allégué qu'une telle substitution constituait la réparation la plus efficace et la plus adéquate du dommage causé par le défaut d'approbation (1). En dépit du refus de celui à qui l'opération était originairement destinée, le co-contractant ne subit, par cette combinaison, aucun préjudice (2).

Procédé ingénieux, mais qui conduit au delà du but poursuivi, ont répliqué certains auteurs (3) car le créancier reçoit par ce moyen une satisfaction supérieure au dommage. Il ne faut pas perdre de vue que le porte-fort n'est pas une caution, et qu'il ne garantit pas l'exécution du contrat conclu au nom et pour le compte du tiers : il répond uniquement du défaut de ratification. Or, si l'on force le porte-fort à s'approprier le contrat, on accroît du même coup l'étendue de son engagement. Devenu contractant pour son propre compte, il lui faudra bien entendu remplir l'intégralité des obligations qui dérivent du contrat.

Quant à la possibilité pour le porte-fort de s'imposer comme contractant au bénéficiaire de la promesse, on s'accorde généralement à la dénier (4). Il ne peut plus s'agir en effet pour le porte-fort d'imposer une exécution en nature, puisqu'il est

(1) V. notamment DEMOLOMBE, XXIV, n° 224.

(2) Sous réserve toutefois des différences que l'on pourrait relever dans l'exécution même du contrat, puisqu'en définitive c'est le représentant et non le représenté qui devient titulaire du rapport obligatoire (V. sur ce point le commentaire donné par SALEILLES, *loc. cit.*, de l'article 179 B. G. B. précité).

(3) BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, I, n° 143. — Dans le même sens : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 52. — AUBRY et RAU, IV, § 343 *ter*, p. 515. — LAURENT, XV, n° 543 (il est vrai que ce même auteur prétend au tome XXVIII, n° 48 que le mandataire qui a excédé ses pouvoirs s'oblige, dans le cas où le mandant ne ratifie pas, à exécuter le contrat).

(4) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 52. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, I, n° 144. — DEMOLOMBE, I, n° 226. — LAURENT, XV, n° 545. — *Contra* cependant : AUBRY et RAU, IV, § 343 *ter*, p. 515 (il est vrai que AUBRY et RAU fondent leur opinion, p. 512, sur une clause implicite de substitution conditionnelle du porte-fort au co-contractant. V. *infra*, n° 73).

débiteur. Et l'on fait remarquer que sa dette consiste en une indemnité qu'il doit purement et simplement verser (1).

72. — A notre avis, tout ce débat est dominé par une conception inexacte du rôle du porte-fort (2).

Si l'analyse à laquelle nous avons précédemment procédé est conforme aux faits, si le porte-fort, qui conclut un contrat pour autrui, est un représentant sans pouvoirs, il ne peut être question pour lui de se substituer à la personne qu'il a pris l'initiative de représenter. Il aurait pu, originairement, contracter pour lui, et pour lui seul. La déclaration qu'il a faite d'agir au nom et pour le compte du tiers, lui a retiré cette faculté. Pour reprendre l'expression déjà citée de Labbé (3) « il a épuisé son droit ». Par application des principes de la représentation, le contrat n'a compris initialement et ne saurait comprendre par la suite que le co-contractant, d'une part, et le tiers dont la ratification a été promise, d'autre part. Le représentant s'est borné à déclarer une volonté qui a permis la conclusion d'un contrat au nom et pour le compte du tiers (4).

(1) Cf. E. NAQUET, note au S. 1904.1.265 s. Req., 27 juillet 1903 : « La base légale de la substitution du porte-fort » (au tiers représenté) « repose sur l'indemnité qu'il doit » (Comme on le voit, NAQUET se rallie à la conception d'après laquelle le stipulant peut contraindre le porte-fort à une exécution en nature). Le cocontractant « ne devant aucune indemnité, cette base disparaît et il est inattaquable, quand il déclare que sa volonté ayant été de traiter avec le tiers, il n'y a aucun lien obligatoire entre lui et le porte-fort ».

(2) Dans les développements qui suivent, nous raisonnons selon l'hypothèse où le porte-fort est un représentant sans pouvoirs. Dans le cas où la promesse de porte-fort est une convention indépendante, l'argument précité, d'après lequel le porte-fort est tenu à indemnité, et non à autre chose, suffit à paralyser le mécanisme de la substitution. Cf. Grenoble, 18 août 1854. D. P. 55.2.78 (contrat de remplacement militaire) : « Si le législateur eût voulu que le porte-fort fût tenu d'exécuter lui-même l'engagement qu'il contractait pour autrui, il l'aurait dit de façon formelle, tandis qu'il ne l'a soumis qu'à une indemnité en argent ».

(3) LABBÉ, *op. cit.*, n° 51.

(4) En ce sens : PILON, *op. cit.*, n° 225, p. 337.

Lors donc que le tiers refuse d'approuver l'opération juridique qui a été passée pour son compte, le porte-fort ne saurait prendre, dans le rapport contractuel, la place de celui qu'il a représenté. Le bénéficiaire de la promesse, avec lequel il a traité, n'a d'autre droit que de réclamer l'indemnité que le porte-fort s'est engagé à verser. A plus forte raison, le porte-fort, qui ne reçoit pas l'habilitation attendue, ne saurait-il, de sa propre autorité, changer son rôle de représentant contre celui d'un contractant qui a simplement en vue le soin de ses intérêts propres. Et si le porte-fort et le co-contractant étaient d'accord pour que la substitution fut opérée, il faudrait admettre, par nécessité logique, que c'est un nouveau contrat qui serait formé, et qui prendrait date, au jour même du nouvel accord.

Est-ce à dire que cette substitution ne soit jamais possible ? Nous ne le pensons pas, et la jurisprudence l'a plusieurs fois admise (1). Mais ce remplacement du titulaire d'un rapport juridique ne saurait avoir son fondement rationnel que dans une intention qui se serait manifestée, au moment de la formation du contrat lui-même. Il est parfaitement concevable que la convention qui intervient entre le co-contractant et le représentant sans pouvoirs soit établie sur les bases suivantes : *B* passe avec *A* et pour le compte de *C* un contrat. Si *C* ne ratifie pas, c'est *B* qui sera censé avoir contracté avec *A* pour son propre compte (2). Dans cette hypothèse : le défaut de ratifica-

(1) Cass. req., 27 juillet 1903. D. P. 1904.1.36 ; S. 1904.1.205, note E. NAQUET. — Limoges, 10 août 1850. D. P. 55.2.184 ; S. 52.2.385, note DEVILLENEUVE.

(2) En ce sens : LABBÉ (*op. cit.*, n° 67), qui envisage le cas particulier où un mari fait une acquisition en remploi d'un bien propre de sa femme : « L'opération, dit-il, doit être analysée comme une acquisition double sous l'alternative d'une condition. L'acquisition sera pour le maître, si la condition se réalise. Elle sera pour le gérant dans le cas contraire. Mais la condition dépend uniquement de la volonté du maître de l'affaire et nullement de la volonté du gérant. Ce dernier est un acquéreur subsidiaire, afin que la vente ne tombe pas ».

— DEVILLENEUVE, dans une note au S. 1852.2.386 s. Limoges, 10 août 1850 a employé cette formule souvent reprise : « Le porte-fort

tion prend figure : 1^o d'une condition résolutoire qui fait tomber le rapport juridique entre *A* et *C* ; 2^o et d'une condition suspensive dont la réalisation permet l'exécution du contrat conclu entre *A* et *B* (1).

En remaniant quelque peu la formule d'Aubry et Rau (2), on aboutit à cette conclusion que le représentant sans pouvoirs a aussi formé *conditionnellement* le contrat pour lui-même.

Une telle manière d'opérer échappe à toute critique (à condition bien entendu que la substitution en question soit pratiquement possible). Deux observations sont cependant nécessaires :

contracte l'engagement alternatif ou d'indemniser le stipulant si le tiers refuse d'exécuter ou de ratifier et d'exécuter lui-même, si la chose est en son pouvoir, et ce à peine de tous dommages-intérêts ». Une telle analyse ne nous semble pas montrer avec une exactitude suffisante le mécanisme de l'opération. D'une part, le porte-fort conclut un contrat pour autrui, d'autre part, il fait, à titre subsidiaire, une promesse d'indemnisation. Mais il est convenu que si le tiers ne ratifie pas, aucune indemnité ne sera due, en raison de ce que le porte-fort, ayant traité conditionnellement pour son compte, assumera lui-même les obligations dérivant du contrat. Il ne s'agit pas, à proprement parler, d'un engagement alternatif, mais d'une sorte de neutralisation de la promesse de porte-fort, pacte subsidiaire, au moyen de la mise en jeu d'une condition qui, affectant le contrat principal lui-même, empêche le droit à indemnité de prendre naissance.

(1) En raison des intérêts d'ordre pratique qui s'attachent à cette substitution du porte-fort au tiers représenté dans le rapport obligatoire, les parties devront, à notre avis, manifester leur intention de la façon la plus nette et la plus expresse : il importe notamment d'éviter, le cas échéant, la double perception d'un droit proportionnel d'enregistrement. A la suite d'une rédaction malhabile, on pourrait aboutir : 1^o à la perception d'un droit sur le contrat passé pour le compte du tiers, par application de la théorie fiscale des actes imparfaits (V. *supra*, n^o 34, p. 82, note 2) et 2^o à la perception d'un droit sur le contrat passé par le porte-fort pour son propre compte.

(2) AUBRY ET RAU, IV, § 343 *ter*, p. 512. Ils ajoutent d'ailleurs (n. 10) : « Cette proposition fondée sur l'intention probable des parties, par laquelle elle se justifie, serait inadmissible comme expression d'une règle de droit ou d'une présomption légale » ; cf. également : CARREZ, *op. cit.*, p. 268.

1^o Une telle intention de remplacer un contractant par un autre ne saurait être présumée. Les tribunaux en apprécient souverainement l'existence, mais ils ne sauraient la recréer de toutes pièces.

2^o Dans une telle hypothèse, la promesse de porte-fort se révèle complètement inutile puisque le refus de ratification ne saurait causer le moindre dommage au co-contractant. Il voit simplement une autre personne prendre dans le rapport juridique la place qui avait été initialement destinée au tiers représenté. Aucun droit à une indemnité quelconque ne saurait prendre naissance.

CHAPITRE IV

Du contrat pour autrui envisagé dans le système général des articles 1119, 1120 et 1121 du Code Civil.

73. L'article 1120 C. civ. n'apporte aucune dérogation au principe que pose l'article 1119 C. civ. en ce qui concerne les promesses pour autrui : le porte-fort n'engage que lui. — 74. Le droit, pour le tiers, de s'approprier le contrat ne dérive que de la représentation spontanément entreprise par le porte-fort. — 75. Parallèle entre le contrat pour autrui et la stipulation pour autrui.

73. — L'étude du contrat pour autrui nous a révélé la possibilité, pour un représentant sans pouvoirs, de faire naître, au moins virtuellement, dans le patrimoine du tiers représenté, l'ensemble des obligations résultant de ce contrat.

Il nous paraît intéressant de confronter ce résultat avec le système des articles 1119, 1120 et 1121 C. civ.

Un point nous semble être absolument hors de contestation : la promesse de porte fort n'est, par elle-même, d'aucune influence dans la création d'un tel effet de droit (1).

1° Lorsqu'elle se présente comme un contrat indépendant, elle se ramène, d'après l'analyse que nous avons tentée, à un

(1) V. *supra*, n° 24 ; cf. également : BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, I, n° 140 : « Qu'importe, au point de vue de la validité de cet engagement (que le tiers consent à assumer) que la clause de porte-fort n'ait pas figuré dans la convention ? »

engagement indemnitaire que prend une personne, à raison de l'agissement éventuel d'une autre personne.

En déclarant qu'on ne peut s'engager pour autrui, l'article 1119 C. civ. ne fait que consacrer l'indépendance juridique des individus. A l'intérieur de son patrimoine, chacun jouit d'une autonomie complète, d'une sorte de souveraineté (1). Il ne saurait être tenu d'exécuter les obligations que la déclaration de volonté d'un tiers non habilité aurait pour but de mettre à sa charge (2). Il n'y a rien là que de très conforme à l'esprit individualiste qui anime le Code civil. Au surplus, en ce qui concerne les promesses pour autrui tout au moins, la prohibition de principe que comporte l'article 1119 C. civ., s'impose

(1) La formule dont nous usons n'implique d'ailleurs en aucune manière l'adoption pure et simple de la conception foncièrement individualiste de l'organisation juridique, telle que l'a si finement analysée M. Gounot, *op. cit.*, *passim* et notamment p. 388 : « Imaginez des millions de petits îlots où règnent en monarques absolus autant de Robinsons Crusosés : telle est la société idéale. L'îlot de chaque souverain représente la sphère de son droit subjectif », ou encore p. 51 : « Comme ils (les disciples de Rousseau) sont très imbus de l'esprit classique, comme leur pensée habituelle va non pas aux hommes concrets, mais à l'homme en soi, à cet être abstrait qui, semblable à l'unité mathématique des cosmogonies mécanistes, est toujours identique à elle-même, la société se réduira pour eux à une collection amorphe d'individus égaux, à une somme d'unités, à un agrégat d'atomes. C'est ce que Korkunow appelle la conception mécaniste de la société, c'est l'atomisme social. » Comme nous le notons plus loin (V. *infra*, n° 150), l'activité juridique d'une personne n'est pas sans subir l'influence et les contre-coups des autres activités qui se développent autour d'elle. Il n'en demeure pas moins (et cette affirmation a la valeur d'une simple évidence) que, sous peine de priver chaque personne d'une indépendance nécessaire, on ne saurait admettre en principe, qu'une dette puisse naître dans un patrimoine, par le seul effet d'une volonté qui ne serait pas celle du titulaire (ou du représentant qualifié du titulaire) de ce patrimoine. (Cf. sur cette question de la liberté en matière contractuelle les observations pénétrantes présentées par M. DEMOGUE, dans *les notions fondamentales du droit privé*, p. 149 et s.).

(2) Sauf, bien entendu, l'effet de certaines dispositions légales qui, dans certaines situations juridiques données, obligent une personne sans que celle-ci l'ait voulu (art. 555 C. civ., art. 1375 C. civ.).

à l'intérieur de toute organisation juridique où l'on entend légitimement ménager à chaque personne une indispensable liberté. Dès lors, *la disposition de l'article 1120 C. civ. ne saurait être considérée comme une dérogation à la règle générale de l'article 1119 C. civ.* (1). Le mot « néanmoins » par lequel elle commence, semble conseiller, à vrai dire, une telle interprétation, mais il ne convient pas de se laisser abuser par des apparences trompeuses. Si l'on veut lui donner son vrai sens, il paraît bien que le texte légal doit être ainsi paraphrasé : on ne peut promettre pour autrui, on ne peut, par une déclaration de volonté arbitraire et spontanée, rendre autrui débiteur. Toutefois, il est permis de prendre, à propos de l'activité juridique d'un tiers qu'on espère voir se diriger dans tel ou tel sens, un engagement qui a pour objet l'indemnisation du dommage que serait susceptible de causer, au bénéficiaire de la promesse, le refus du tiers d'accomplir le fait prévu.

2° Ce caractère purement indemnitaire de la promesse de porte-fort se manifeste avec une netteté particulière, lorsqu'elle prend figure d'un pacte adjoint à un contrat principal. Elle n'est alors, en définitive, que la couverture du risque contractuel qui provient du défaut de pouvoirs chez un des contractants. Comme nous avons essayé de le démontrer, elle est distincte du contrat principal qu'elle accompagne, et dont elle ne modifie en rien les éléments constitutifs. Si la promesse n'est pas faite, le contrat principal n'en est pas moins formé, et n'en est pas moins susceptible de devenir définitif par une ratification subséquente (2).

(1) Si l'interprétation que nous proposons est exacte, la prohibition édictée par l'article 1119 C. civ., en tant du moins qu'elle s'applique aux engagements pour autrui, n'est donc pas, comme on l'a prétendu (V. notamment SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, n° 152) « dépourvue de toute valeur juridique ». Le porte-fort n'enfreint en rien cette interdiction de principe, puisqu'en définitive, c'est lui et non autrui qu'il engage, en faisant une promesse d'indemnisation. En ce sens : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 49, JOSSERAND, II, nos 266 et 267.

(2) V. *supra*, n° 24.

74. — Dans ces conditions si, par le fait de la conclusion du contrat, le tiers représenté spontanément, devient virtuellement titulaire des obligations qui dérivent de ce contrat, ce n'est pas l'article 1120 C. civ. qui est en cause. Que le représentant sans pouvoirs se soit, ou non, porté fort, cela est absolument indifférent, du moins quant à la valeur du contrat lui-même et à ses effets. Une explication rationnelle des conséquences que l'agissement spontané du représentant a déclenchées dans le patrimoine de celui au nom duquel il a agi, ne peut être fournie que par un appel nécessaire à la *notion de représentation* elle-même.

Si, en principe, chaque personne reste pleinement maîtresse de son activité juridique dans les limites de son patrimoine, et bénéficie à l'intérieur de ces limites, d'une sorte d'autorité exclusive, elle a, sauf exceptions très rares, le moyen de recourir, pour la réalisation d'une opération juridique donnée, à l'intervention d'une tierce personne qui la « représente ». Le législateur a même dû admettre qu'en dépit d'une absence de pouvoirs et en dehors de tout mandat, le maître pouvait se trouver engagé par la gestion spontanée d'un tiers, lorsque cette gestion présentait un caractère d'utilité. Dans l'hypothèse particulière où il s'agit d'un représentant non habilité qui se porte fort d'une ratification subséquente, le phénomène de la modification virtuelle des éléments qui composent le patrimoine de la personne représentée, ne trouve sa raison d'être que dans la faculté reconnue à une personne d'engendrer, par sa propre déclaration de volonté, des effets de droit au profit ou à la charge d'une autre. Seulement, comme il ne peut s'agir en l'espèce, de l'application automatique des règles de la gestion d'affaires, l'autonomie du tiers représenté ne souffre aucune atteinte puisqu'il reste absolument libre, au moins théoriquement, de s'approprier, ou non, l'affaire conclue par lui (1). C'est même cette liberté de détermination qui donne au contrat son caractère incertain et fragile.

(1) V. *supra*, nos 6 et 57.

75. — Mais alors, si la formation du contrat pour autrui se révèle, en elle-même, dépourvue de tout rapport avec les articles 1119 et 1120 C. civ., elle présente, avec la stipulation pour autrui, de singulières affinités.

Dans l'un et l'autre cas, on constate la production d'un effet de droit dans un patrimoine, par le jeu d'une volonté qui n'est pas celle du titulaire de ce patrimoine ; donc, dans l'un et l'autre cas, le principe de l'indépendance juridique des individus reçoit un correctif. De plus, dans l'une et l'autre hypothèse, trois personnages entrent en scène : d'une part, un stipulant, un promettant et un tiers bénéficiaire, et d'autre part, un co-contractant, un représentant non habilité (qui se porte fort, ou non) et un tiers représenté.

Ces ressemblances s'accroissent, si l'on passe en revue certaines des théories par lesquelles on a voulu rendre compte des résultats procurés par la stipulation pour autrui.

1^o De même que l'on a soutenu que le contrat pour autrui était simplement une sollicitation proposée au tiers intéressé (1), de même, on a prétendu que le mécanisme de la stipulation pour autrui consistait en une offre que le stipulant ferait au tiers bénéficiaire.

2^o Les ressemblances s'accroissent, au point de devenir une quasi-similitude, si l'on adopte la conception d'après laquelle le stipulant n'est, en réalité, que le gérant d'affaires du tiers bénéficiaire. La création d'un droit dans le patrimoine d'un tiers s'explique alors, comme la formation du contrat pour autrui, par la notion de représentation. Ajoutons que l'on a même proposé, par nécessité logique, de restituer sa véritable appellation de « ratification » à l'acceptation du tiers intéressé, laquelle, au surplus, a un effet rétroactif (2).

Mais le parallèle que nous venons d'instituer entre la stipulation pour autrui et le contrat pour autrui ne doit pas faire

(1) V. *supra*, n^o 32.

(2) PLANIOL et RIPERT, II, n^o 1251.

oublier les différences qui assurent à chacune de ces institutions, une physionomie propre (1).

1^o La stipulation pour autrui entraîne la naissance d'un droit au bénéfice d'un tiers. C'est à ce dernier qu'il appartient de dire s'il entend, ou non, en profiter. Le contrat pour autrui est une opération plus complexe. S'il est à titre onéreux, il comporte un appauvrissement correspondant à un enrichissement ; s'il est synallagmatique, il engendre des obligations corrélatives, et le tiers représenté, qui ratifie, ne prend pas seulement à titre définitif la qualité de créancier, mais il se constitue en même temps débiteur. Le contrat pour autrui se trouve être ainsi une combinaison de ce que le législateur de 1804 a dissocié « par excès d'analyse » (2) et envisagé isolément : d'une part les créances nées au profit d'autrui (art. 1119 et 1121 C. civ.), et d'autre part, les dettes mises à sa charge (art. 1119 et 1120 C. civ.).

2^o Par ailleurs, à supposer même que les effets de la stipulation tirent leur justification de ce fait que le stipulant a agi comme gérant d'affaires du tiers bénéficiaire, il ne faut pas perdre de vue que le stipulant joue un rôle *personnel* et indispensable dans l'opération. D'après l'article 1121, la stipulation n'est valable que dans deux cas : quand elle est la condition 1^o d'une autre stipulation que le stipulant a faite en même temps pour son propre compte ; 2^o d'une donation par le stipulant au promettant. » Il importe qu'en toute hypothèse, le stipulant agisse *pour son compte* ; le droit du tiers ne sera régulièrement créé que si le stipulant a, dans l'opération, un intérêt propre. Et quand le bénéficiaire aura recueilli ce droit, l'opération, amenée désormais à son point de perfection, aura été le fruit de l'activité juridique de trois personnages qui auront joué chacun un rôle nécessairement distinct. Dans le contrat pour autrui, au contraire, le représentant sans pouvoirs agit tou-

(1) V. notamment sur ce point CORBESCO, *op. cit.*, p. 128.

(2) DEMOGUE, *Notions fondamentales de droit privé*, p. 495.

jours en sa seule qualité de *représentant* ; la mission qu'il se donne à lui-même n'est que celle d'un simple intermédiaire. C'est uniquement *au nom et pour le compte du tiers représenté* qu'il intervient. *Il n'est pas obligé de contracter en son nom propre* pour que le contrat se forme. Et la ratification, si elle se produit, laissera uniquement en présence le co-contractant et le tiers ; le représentant qui se sera contenté de déclarer sa volonté, au nom et pour le compte d'un autre, disparaîtra comme disparaît un mandataire ordinaire. Sans doute, il est des cas où le représentant non habilité agit en son propre nom en même temps qu'il agit pour le compte d'une tierce personne ; soit, par exemple, l'hypothèse où il aliène tout à la fois les droits qu'il possède sur une chose indivise, et les droits de son co-indivisaire. Mais alors, il convient de remarquer que la présence de son intérêt personnel n'est pas la condition *sine qua non* de la production d'un effet de droit dans le patrimoine de la personne qu'il prend l'initiative de représenter. Ce n'est pas parce qu'il aliène sa propre part que son co-indivisaire aura le droit de s'approprier l'opération, dans la mesure où celle-ci le concerne. Au surplus, puisqu'il ne saurait être question ici de déterminer la nature juridique de la stipulation pour autrui, il ne faut pas oublier qu'une partie notable de la doctrine a jugé inutile l'appel à la notion de gestion d'affaires, et a admis la création d'un droit direct au profit d'un tiers, comme une dérogation pure et simple à la relativité des contrats. Si cette théorie est exacte, l'opposition entre la stipulation pour autrui et le contrat pour autrui s'aggrave singulièrement, puisque, selon les explications que nous avons données, le représentant sans pouvoirs est toujours un gérant d'affaires (1).

(1) Cf. PILON, *op. cit.*, n° 149, p. 204 : « Il y a stipulation pour autrui quand une personne, déclarant sa volonté propre, stipule que ce contrat produira directement ses effets dans le patrimoine d'une autre personne qu'elle ne représente pas » et SALEILLES, *op. cit.*, n° 246 : « Il faut supposer qu'un individu stipule d'un autre que celui-ci exécutera telle prestation, au profit d'un tiers, dont le stipulant n'est pas le représentant, et qui est lui-même absolument étranger au contrat. »

3^o Mais, alors même que l'on continuerait de situer la stipulation pour autrui dans le cadre de la gestion d'affaires, il y aurait lieu de mettre l'accent sur la particularité du droit que la stipulation fait naître au profit du tiers bénéficiaire : ce droit est essentiellement *révocable*. Jusqu'à ce qu'il ait été appréhendé, il peut être retiré. Il ne nous appartient pas de rechercher la justification théorique d'une telle faculté de révocation. En revanche, ce qu'il nous faut souligner, c'est que ce pouvoir de révoquer appartient, en principe, au seul stipulant. Or, s'agissant d'un contrat pour autrui, ce n'est que dans le système de l'offre que l'on pourrait envisager la disparition de l'opération par une déclaration de volonté unilatérale. Il faudrait donc dénier qu'il eût un contrat. A partir du moment où l'on reconnaît l'existence d'un contrat ou même d'un avant-contrat, la volonté d'anéantir le rapport juridique, formé ou ébauché, est inopérante, si elle est unilatérale. A supposer qu'elle soit possible — et nous n'avons pas cru devoir l'admettre — la révocation ne saurait être que l'œuvre commune du co-contractant et du représentant sans pouvoirs qui s'est institué le gérant d'affaires d'une tierce personne. Ainsi se révèle une nouvelle différence entre la stipulation pour autrui et le contrat pour autrui.

Comme on le voit, elles se présentent, l'une par rapport à l'autre, sous des caractères spécifiques si nettement distincts qu'il convient de voir en elles des institutions incontestablement indépendantes. Ce que le rapprochement que nous venons de tenter peut déceler de plus significatif, c'est, à notre avis, l'analogie foncière de certains des procédés techniques mis en œuvre pour la réalisation d'effets de droit dans le patrimoine d'autrui. Dans l'un et l'autre cas, il y a comme une évasion de la volonté en dehors des limites qui lui sont normalement assignées ; un droit prend naissance dans un patrimoine, à la suite de l'intervention d'une volonté qui n'est pas celle du titulaire de ce patrimoine, et qui n'a reçu, dans ce but, aucune habilitation ; mais, dans l'un et l'autre cas, le droit n'est acquis et fixé qu'à la condition expresse que le tiers y consente. En définitive,

chaque personne jouit de la prérogative essentielle de contrôler et même de *vouloir* les mutations de valeurs qui le concernent : une créance, aussi bien qu'une dette, ne peut être intégrée dans un patrimoine, par le jeu de la stipulation pour autrui aussi bien que par le jeu du contrat pour autrui, si la volonté de l'intéressé ne donne pas une indispensable approbation. De là vient que la stipulation pour autrui et le contrat pour autrui impliquent, malgré tout, la sauvegarde du principe nécessaire de l'indépendance juridique des personnes.

TROISIÈME PARTIE

La théorie et les faits

PRÉAMBULE

76. Nécessité de confronter avec les faits la théorie proposée. Etablissement de la liste des contrats avec promesse de porte-fort qui seront l'objet d'une étude particulière.

76. — Les théories juridiques n'ont de raison d'être que si elles permettent de rendre compte des faits. Le moment est venu de confronter, avec les données mêmes que fournit le réel, la conception du contrat pour autrui à laquelle nous avons abouti.

Afin de nous ménager un système de référence à travers les décisions, apparemment contradictoires, de la jurisprudence, il nous avait fallu dépouiller le contrat de tout ce qui, en précisant ses contours, lui eût donné un aspect concret, et nettement différencié. Mais une telle manière de procéder ne trouvait de justification que dans la nécessité de posséder un moyen d'investigation en vue de recherches ultérieures.

Il convient maintenant d'aborder ces recherches, en restituant à l'agissement du porte-fort, tous les éléments dont il s'accompagne dans la pratique. Les contrats que passe un porte-fort ne sont évidemment pas de pures abstractions : ils se présentent avec des caractères spécifiques bien déterminés. C'est, en conséquence, à leur étude particulière qu'il importe de procéder, si l'on veut rester en contact avec les faits eux-mêmes. Une conception a été proposée en thèse générale : elle doit être soumise à l'épreuve d'une expérimentation aussi variée que possible.

Une élimination est cependant indispensable : on ne saurait retenir, en vue d'un examen approfondi, toutes les opérations juridiques où peut intervenir un représentant qui se porte fort

d'un tiers représenté bénévolement. Seuls, nous semblent susceptibles de fixer l'intérêt les contrats qui ont le double avantage d'être ou d'avoir été le plus fréquemment employés dans la pratique, et qui s'opposent les uns aux autres par les traits les plus accentués. Leur liste nous semble pouvoir être établie ainsi qu'il suit : la vente d'immeuble, le partage, le contrat de mariage, la donation, et la constitution d'hypothèque.

Par ailleurs, nous avons eu l'occasion, en tentant d'élaborer la théorie du contrat pour autrui, de noter la résistance possible du formalisme à l'agissement spontané d'un représentant non habilité. Ce n'était alors et ce ne pouvait être qu'une sorte d'observation *a priori*. Il convient maintenant d'en apprécier le bien-fondé. Cela nous amène à répartir les contrats sur lesquels s'est porté notre choix, en deux groupes :

Dans le premier, figureront les contrats de type consensuel : la vente et le partage.

Dans le second, prendront place tous les autres qui offrent le caractère commun de la solennité.

I

LES CONTRATS DE TYPE CONSENSUEL

CHAPITRE PREMIER

De la vente d'immeuble avec promesse de porte-fort.

SECTION I

Du contrat avant la ratification.

§ 1. — *Les caractères de la vente avec promesse de porte-fort.*

77. Difficultés dérivant du caractère translatif de la vente. —

78. Parallèle entre la vente avec promesse de porte-fort et la vente de la chose d'autrui.

§ 2. — *Du transfert de propriété.*

79. Antagonisme du personnalisme du droit de propriété et de la puissance de la volonté en matière de transfert de la propriété — Distinction nécessaire. — 80. Premier cas : *la chose est la propriété exclusive du tiers pour lequel on s'est porté fort*. La propriété n'est que virtuellement transmise à l'acquéreur. — 81. Deuxième cas : *L'immeuble vendu est la propriété indivise du porte-fort et du tiers*. Structure particulière du contrat. Nécessité de mesurer le contenu des droits respectifs des indivisaires. — 82. Exposé de la théorie classique de l'indivision : transformation du droit originaire, incorporé à la chose, en quote-parts abstraites. — 83. Analyse des droits effectivement cédés par l'indivisaire qui vend seul la totalité

de la chose indivise. — 84. Application des données précédemment dégagées au cas particulier de la vente d'un bien indivis par un indivisaire porte-fort. Influence du partage sur la situation juridique créée par la vente. — 85. Réponse à la question posée.

§ 3. — *Des conséquences d'une prise de possession immédiate de l'immeuble par l'acquéreur.*

86. Tendance du contrat vers une exécution immédiate. Droits du propriétaire : action en revendication. Conditions d'exercice de cette action, en cas de vente de chose indivise. — 87. Problème posé en cas d'exercice de l'action en revendication : l'acquéreur entré prématurément en possession doit-il être réputé de bonne ou de mauvaise foi ? Solution jurisprudentielle. Critique. — 88. L'acquéreur et l'usucapion : le contrat conclu avec un porte-fort est-il susceptible de constituer un juste titre ?

§ 4. — *Du paiement du prix.*

89. Cas où l'acquéreur s'est obligé à payer le prix aux mains du porte-fort avant la ratification. Exigibilité de cette obligation. Objection tirée de l'art. 1653 C. civ. : réfutation. — 90. De l'exercice de l'action en résolution, à défaut de paiement. — 91. Examen d'une hypothèse particulière où l'acquéreur s'est trouvé en droit de refuser le paiement : acquisition en remploi de deniers dotaux.

§ 5. — *De la transcription du contrat et de l'inscription d'office.*

92. Appréciation de l'utilité d'une transcription immédiate du contrat. Renvoi. — 93. Problème posé à propos de l'inscription d'office, en cas de transcription.

§ 1. — **Les caractères de la vente avec promesse de porte fort.**

77. — Les difficultés que soulève le contrat avant sa ratification dérivent du caractère translatif de la vente. Si, en effet, le Code civil avait maintenu la conception romaine, si la vente était uniquement génératrice d'obligations, l'opération se décomposerait en éléments assez simples ; l'analyse ferait apparaître, d'une part une volonté d'acquérir, émanant de la personne avec laquelle le porte-fort aurait traité, et, d'autre part, l'obligation que souscrirait le porte-fort, au nom du tiers, d'aliéner tel immeuble. Le porte-fort fixerait, en définitive, une promesse d'acquérir sous la forme d'un avant-contrat ; le transfert de pro-

priété n'aurait lieu qu'au moment de l'acceptation du véritable propriétaire, étant entendu qu'au cas de refus de contracter, la promesse d'indemnisation, donnée par le porte-fort, viendrait à jouer (1).

Mais, au terme d'une lente évolution dont la courbe se déroule à travers tout notre ancien droit, (2) les rédacteurs du Code civil, en sous-entendant les clauses jusque-là explicites par lesquelles la tradition était opérée, ont reconnu à la seule volonté des contractants le pouvoir de transférer un bien d'un patrimoine dans un autre. Les simples formules de style, par lesquelles s'extériorisait la volonté d'aliéner, sont devenues elles-mêmes inutiles. Notre législation positive ignore ce contrat abstrait d'aliénation en vertu duquel, dans le droit allemand, la propriété est déplacée « indépendamment de la cause en vertu de laquelle les parties procèdent à l'aliénation » (3). Vendre, c'est désormais aliéner (4). Dès lors, quand le représentant porte-fort vend, il ne s'oblige pas, en fixant un offre d'acquérir, à indemniser le pollicitant au cas où le *verus dominus* ne consentirait pas à aliéner. Mais par l'effet de la représentation dont nous avons décrit le mécanisme il substitue sa volonté propre de vendre à celle du véritable propriétaire. Il forme, en accord avec le co-contractant, un contrat de vente. Par le fait même, il déclare aliéner le bien du tiers, en se portant fort que le tiers reconnaîtra quelque jour qu'il a été valablement représenté.

78. — Cette première remarque nous permet immédiatement

(1) Rien ne s'opposerait à une telle manière de procéder (cf. Cass. civ., 20 juillet 1925. D. H. 1925.649. S. 1926.1.221. — Cass. req., 6 mars 1905. D. P. 1910.1.362.) mais il y aurait alors simple avant-contrat. — V. sur une opération de cette nature : COLIN et CAPITANT, II, p. 440. — BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT, n° 116.

(2) V. notamment sur ce point : PLANIOL et RIPERT, I, n° 2589.

(3) SALEILLES, *op. cit.*, n° 5.

(4) PLANIOL, RIPERT et PICARD, III, n° 618 : « La mutation de propriété est devenue un effet aussi direct et immédiat du contrat que la création des obligations ».

d'opposer la vente consentie par un porte-fort à la vente de la chose d'autrui (1). Dans l'hypothèse visée par l'article 1599 C. Civ., l'aliénateur fait acte de propriétaire et se comporte comme tel, soit par ignorance, soit par une main-mise irrégulière sur un des éléments du patrimoine d'autrui. L'acquéreur pourra être de bonne ou de mauvaise foi et, suivant les cas, il pourra avoir droit à des dommages-intérêts, au cas où une revendication le priverait du bénéfice de l'opération. Mais, quels que soient les éléments psychologiques dont s'accompagne la vente conclue dans ces conditions, le vendeur, dans tous les cas, se révèle directement intéressé à l'affaire (et non plus seulement par une promesse d'indemnisation qui l'associe au sort du contrat). Il contracte *pour lui et en son nom personnel*. En tout état de cause, le contrat ainsi formé ne comprend que deux personnages : le vendeur, qui n'a pas effectivement la qualité de propriétaire, et l'acquéreur. Dans la vente avec clause de porte-fort, au contraire, celui qui aliène ne se comporte que comme un intermédiaire. La personnalité du tiers, dont la ratification est attendue, se trouve, au moins en puissance, incluse dans le contrat. Le porte-fort s'immisce bien dans un patrimoine qui n'est pas le sien, mais c'est *en tant que gérant d'affaires*. Sa volonté d'aliéner entend correspondre à la volonté probable du *verus dominus*. Le porte-fort, comme représentant, ne joue pas un rôle principal, mais un rôle secondaire et transitoire. Par la ratification, il n'y aura plus en présence que l'acquéreur et le véritable propriétaire, le porte-fort ayant disparu. Le souci évident du porte-fort et du co-contractant d'engendrer des effets de droit dans le patrimoine du tiers permet d'écarter ici la notion de vente de la chose d'autrui. (2)

(1) V. sur ce point : AUBRY et RAU, V, § 351, texte et note 54. — BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT, XVII, n° 122. — GUILLOUARD, I, n° 193. — LAURENT, XXIV, n° 105-107. — MARCADÉ, VI, s. art. 1599, n. 6 *in fine* ; Cf. Civ., 8 janv. 1866. D. P. 66.1.61 ; S. 66.1.99.

(2) Tout en proposant la distinction que nous marquons dans le texte, GUILLOUARD, *De la vente*, I, n° 193, tend à réduire, par la mise en œuvre

Ces caractères essentiels du contrat de vente conclu par un porte-forte étant ainsi précisés, il convient d'essayer d'en déterminer les effets.

§ 2. — Du transfert de propriété.

79. — Et tout d'abord se pose une question essentielle : une vente passée dans de telles conditions, opère-t-elle transfert de la propriété ?

Ce problème, dont la solution commande toutes les autres, se situe au point de rencontre de deux forces antagonistes : d'une part, le pouvoir singulièrement efficace que la loi reconnaît à la seule volonté, en matière de mutation de propriété, et de l'autre, l'individualisme ou, plus exactement, le personnalisme essentiel du droit de propriété. Si la volonté, sans le secours d'aucune tradition ni l'accomplissement d'aucune solennité, trouve en elle-même la puissance suffisante pour déclencher le transfert immédiat d'une valeur d'un patrimoine dans un autre, encore faut-il, pour que cette mutation soit valable, que la

de l'article 1120 C. civ., le champ d'application de l'article 1599 C. civ. D'après cet auteur en effet, une vente de la chose d'autrui serait, dans la généralité des cas, une vente avec promesse de porte-fort : « A défaut de clause expresse, écrit-il, on doit admettre assez facilement, d'après l'ensemble des clauses de l'acte et des circonstances de la cause, que le vendeur a entendu se porter fort du vrai propriétaire ». Et cette solution est étayée sur deux arguments : 1° une telle solution serait plus conforme à l'intention des parties ; 2° d'après l'article 1157 C. civ. il faut choisir l'interprétation qui donne effet à l'acte. Nous ne pensons pas que l'article 1157 puisse être invoqué ici : sous prétexte de sauver un acte, on ne saurait y insérer des éléments qu'il ne contient pas. Le véritable problème consiste en une recherche des intentions des parties : le vendeur a-t-il entendu agir non pour son compte mais pour le compte du véritable propriétaire ? Présumer, comme semble le faire GUILLOUARD, que le vendeur agit pour le compte du *verus dominus*, c'est, à notre avis, présumer la représentation. Et semblable présomption ne saurait être acceptée : en principe, le signataire d'un acte est censé agir pour son compte. S'il veut agir au nom et pour le compte d'un tiers, il doit signifier cette volonté de représentation à son cocontractant.

volonté d'aliéner émane du propriétaire lui-même, ou d'un représentant investi, par le propriétaire ou par la loi, des pouvoirs nécessaires. Le droit de propriété constitue le maximum de puissance que l'homme puisse exercer sur les choses, mais cet exercice ne peut être le fait que du titulaire du droit lui-même. Le rapport direct que le droit établit entre une personne et une chose n'appartient qu'à cette personne, et non à une autre. Dès lors, que peut, sur ce point précis et devant de telles exigences, la volonté nue d'un représentant qui n'a pas reçu l'habilitation indispensable ?

La réponse ne nous semble pouvoir être fournie qu'à la faveur d'une distinction. Nous avons raisonné jusqu'ici, en effet, en considération de l'hypothèse où le porte-fort vend, pour le compte d'un tiers, une chose sur laquelle il ne possède aucun droit. Mais l'examen de la jurisprudence permet de découvrir qu'en pratique cette situation se présente assez rarement. Vendre ainsi le bien d'un tiers sans pouvoirs préalables, est un acte assez exorbitant, à coup sûr assez aléatoire, car la liberté de détermination du *verus dominus* reste entière et le risque que le porte-fort est amené à couvrir est incontestablement étendu. Le plus souvent, le représentant porte-fort est lui-même copropriétaire, avec le tiers, de l'immeuble vendu. Comme nous l'avons déjà noté, la vente, assortie de la promesse d'indemnisation, est faite pour le compte de mineurs, afin d'éviter la procédure que la loi prescrit : une indivision est née, par suite d'une dévolution successorale et les co-héritiers majeurs aliènent, à titre onéreux, l'immeuble indivis, en se portant forts que les mineurs ratifieront. Or, il n'est pas douteux que, dans ce dernier cas, l'opération, à première vue, ne revêt pas le même aspect que dans l'hypothèse mentionnée plus haut. Sans préjuger la décision, on ne peut pas ne pas remarquer que la présence d'un intérêt personnel et direct de celui qui se porte fort est de nature à modifier la structure du contrat.

Il nous faut donc examiner successivement les deux cas que nous venons de différencier.

80. — I. PREMIER CAS. — *La chose vendue est la propriété exclusive du tiers pour lequel on s'est porté fort.*

Les espèces de jurisprudence sont, sur ce point, peu abondantes (1). Un arrêt, déjà ancien, de la Cour de Bordeaux (2), nous fournit cependant des indications intéressantes : il s'agissait d'une vente, faite par un mari, d'un bien dotal, sous la condition d'emploi prescrite par le contrat de mariage. La Cour a reconnu à l'acte la même force que si la femme y avait concouru : « Peu importait que la femme ignorât que le mari ne pouvait vendre sans elle, *puisque c'est comme si elle avait vendu elle-même.* »

Nous retrouvons, à travers ces motifs, la notion de mandat donné après coup, que nous avons déjà longuement critiquée, et sur laquelle nous estimons inopportun de revenir. Il nous suffit d'enregistrer le résultat : l'acte prend date et force, à compter du jour où il a été conclu par le porte-fort (3).

Selon la conception du contrat en puissance à laquelle nous nous référons, un tel effet s'explique aisément : le mari avait vendu l'immeuble propre de la femme, en se portant fort pour celle-ci. C'est lui qui, en accord avec l'acquéreur, avait conclu le contrat. Assurément, sa volonté n'était pas assez forte, en

(1) Cass. civ., 4 fév. 1839. S. 39.1.205. — Bordeaux, 21 août 1848. D. P. 49.2.40 ; S. 48.2.721.

(2) Bordeaux, 21 août 1848, précité.

(3) Nous avons signalé plus haut qu'au regard du droit fiscal, la vente passée dans les conditions que nous visons au texte était considérée comme « ayant les caractères d'une vente parfaite entre les parties » (V. *supra*, n° 34, p. 82, note 2 et les références citées). Il est à peine besoin de souligner les conséquences qui sont susceptibles d'en résulter dans la pratique : la perception immédiate et sans retour d'un droit proportionnel fort élevé serait même de nature, si elle ne pouvait être évitée, à interdire l'emploi de la promesse de porte-fort dans la vente. Mais, encore bien que, selon nous, la ratification du *verus dominus* se différencie, en théorie pure, d'une condition suspensive (v. *supra*, n° 39) il y a un moyen très simple d'assujettir la convention au seul droit fixe, tant qu'elle n'est pas ratifiée : il suffit de stipuler expressément que le contrat est subordonné à la condition suspensive de l'approbation de la personne dont on s'est porté fort (En ce sens : WAHL, *Traité de droit fiscal*, I, n° 272).

l'absence de pouvoirs, pour rendre son co contractant propriétaire, à titre définitif, de l'immeuble. Pour que la mutation de valeurs se produisit, il fût nécessaire que la femme conférât à son représentant bénévole l'habilitation qui manquait. Mais l'immeuble vendu, tout en faisant encore partie du patrimoine de la femme, avant la ratification, l'avait déjà virtuellement quitté, au même titre qu'un bien qui aurait été aliéné sous une condition suspensive (1). Il était déjà marqué de ce signe que lui avait imprimé la volonté du porte-fort. Et la transmission qui avait suivi la ratification, avait trouvé son principe générateur, non pas dans la déclaration de volonté unilatérale de la femme, mais dans la déclaration de volonté antérieure du mari représentant, complétée et parachevée par la déclaration de volonté subséquente de la femme. C'est donc bien au moment de la formation même du contrat qu'il convenait de fixer le transfert de propriété de l'immeuble vendu.

81. — II. DEUXIÈME CAS. — *L'immeuble vendu est la propriété indivise du porte-fort et du tiers.*

Dans cette hypothèse, les données du problème initial se compliquent. Et l'opération paraît, *a priori*, comporter plus de chances de permanence, car l'intégration d'un intérêt direct du porte-fort semble, en en modifiant la structure, lui assurer un supplément de puissance. La volonté de l'acquéreur ne trouve plus seulement, en face d'elle, la volonté d'un représentant qui n'a puisé qu'en lui-même les pouvoirs d'agir. Du côté même des vendeurs, une volonté au moins se déclare qui déjà est pourvue du maximum d'efficacité. Dans la mesure où son propre patrimoine est engagé par la mutation de valeurs que

(1) Mais pas plus que l'acquéreur sous condition suspensive. (V. sur ce point PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, XIII, n° 1196. — AUBRY et RAU, III, § 293 *bis*, p. 841, texte et note 22. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, III, n° 2338) l'acquéreur qui tiendrait ses droits d'un simple porte-fort n'aurait le droit de procéder à la purge des hypothèques qui peuvent grever l'immeuble.

comporte la vente, le porte-fort dispose d'une possibilité d'aliéner qui ne souffre aucun amoindrissement. Sans doute, tous les consentements nécessaires ne sont pas réunis, du moins le contrat, en dépit des imperfections qu'on y peut relever, semble-t-il comporter une valeur supérieure à celle d'un simple contrat virtuel, puisque, de part et d'autre, des volontés immédiatement efficaces y viennent engager les intérêts opposés qu'ils s'y confrontent.

Si l'on entreprend de vérifier expérimentalement la justesse de ces vues *a priori*, on se rend immédiatement compte que l'on ne peut élaborer une solution satisfaisante qu'à la condition de définir préalablement la nature et de mesurer le contenu des droits respectifs des coindivisaires relativement à la chose indivise. Sans doute, il ne peut s'agir de reprendre ici, dans toute son ampleur, le problème délicat de l'organisation de l'indivision. Il faudra nous en tenir à un point de vue purement descriptif, en nous contentant de regrouper les données positives communément admises (1).

82. — La notion d'indivision prend son point de départ dans la notion de propriété : le droit de propriété est l'archétype auquel il convient de se référer. Or, selon la conception romaine qui s'est inscrite dans notre Code civil (art. 544), la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue. *Frui, uti, abuti*, c'est autour de ces

(1) Il ne peut être question de donner ici une bibliographie détaillée d'un sujet aussi vaste, qu'au surplus nous ne faisons qu'effleurer. Il nous suffira de citer : a) parmi les grands traités classiques : PLANIOL, RIPERT et PICARD, III, n° 286 et s. — AUBRY et RAU, II, § 221. — BONNECASE, *Supplément au traité de BAUDRY-LACANTINERIE*, IV, n°s 161 et s. et b) parmi les études et monographies : JOSSEMAND, *Essai sur la propriété collective. Livre du centenaire du C. civ.*, t. I. — LEBRET, *La notion de l'indivision dans le droit français*. Thèse Caen, 1922. — SIESSE, *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*. Thèse Paris, 1922. — H. CAPITANT, *L'indivision héréditaire*. Revue critique de législation et de jurisprudence, 1924, p. 19 et s., 84 et s. — IONASCO, *La copropriété d'un bien*. Thèse Paris, 1930.

trois termes que se fixent toutes les prérogatives, tous les attributs du droit de propriété, lequel permet de tirer de la chose toute l'utilité économique possible.

Et comme le droit ne se conçoit que relativement à la chose, il s'incorpore à elle. Il est le rapport entre la personne et la chose. Telle est du moins l'analyse généralement acceptée.

La structure d'un tel droit se modifie quand la propriété de la chose, ou d'un groupe de choses, se trouve appartenir, par suite d'un décès par exemple, non plus à une seule, mais à plusieurs personnes à la fois. Sur les mêmes biens, des droits concurrents viennent se poser. Quels effets va engendrer une semblable concurrence ? Une division matérielle de la chose ou de ce groupe de choses permettrait de résoudre le conflit. Chaque nouveau droit viendrait se fixer, à titre privatif, sur telle ou telle chose, ou telle portion de la chose. Mais cette division matérielle, c'est le partage qui l'opérera, à condition qu'elle soit possible. Or, par hypothèse, le partage n'a pas encore eu lieu. Les choses elles-mêmes ne subissent pas de changement, elles restent ce qu'elles étaient. Par voie de conséquence, dès lors que les choses gardent leur individualité et leur intégrité, il faut, pour que le fractionnement obligatoire puisse se produire, qu'il porte sur le droit lui-même. La naissance d'une indivision entraîne inéluctablement la dissociation du droit et des choses (1). Le droit se dépouille de la matière où il se trouvait engagé, pour reprendre sa nature vraie, immatérielle et purement conceptuelle. Et c'est cette entité intellectuelle qui va se diviser en fractions arithmétiques, en quotes-

(1) Sur cette dissociation du droit et des choses cf. JOSSERAND, *loc. cit.* : « Nous sommes donc en présence d'une propriété existant en dehors d'un corps certain, alors que, d'après un principe universellement admis, la propriété, à raison même de sa plénitude et de son énergie, ne saurait porter que sur un objet déterminé, alors qu'elle vit de précision ». Et encore : « Nous assistons à un dédoublement curieux entre le droit et son objet, dédoublement particulièrement inattendu pour le droit de propriété qui, de mémoire de jurisconsulte, s'incorpore à son objet, au point de ne faire qu'un avec lui et de se matérialiser ainsi profondément ».

parts abstraites qui exprimeront les droits respectifs des coindivisaires. L'indivision entraîne un fractionnement idéal du droit de propriété afférent à un objet donné. Aucun indivisaire, si importante que soit sa quote-part, ne peut dire, à propos d'une portion, si faible soit-elle, des biens indivis : « *Hanc meam esse aio.* » Chaque molécule des biens indivis projette, en quelque sorte, un droit qui se divise, entre les différents titulaires, par le jeu d'une concurrence inévitable (1), si bien que le droit global de chaque indivisaire, sur l'ensemble de l'indivision, est comme la résultante des quotes-parts que l'indivisaire se trouve détenir sur chacun des droits correspondant à chaque molécule des choses indivises.

Une telle réduction quantitative du droit de propriété entraîne son « altération qualitative » (2), car, par le fait de la transformation qui vient d'être décrite, il a perdu ce caractère absolu et exclusif qui lui est essentiel. Séparé de son objet, et ramené à l'état de simple entité, il ne permet pas, à cause de la limitation qu'implique l'existence de droits concurrents, une jouissance privative et sans contrôle sur les biens indivis. De toute manière, cette jouissance ne peut être exercée que dans la mesure même où elle n'empêche pas l'exercice de prérogatives égales dérivant des droits voisins (3).

A vrai dire, le droit de propriété, avec ses particularités propres et ses attributs essentiels s'est réfugié et reconstitué

(1) Cf. PLANIOL et RIPERT, I, n° 2497.

(2) SIESSE, *op. cit.*, p. 458.

(3) Cass. civ., 28 fév. 1894. D. P. 1894.1.253 ; S. 1896.1.209, note LYON-CAEN. — Alger, 18 mars 1896. D. P. 1896.2.387. « Chacun des copropriétaires par indivis d'une chose commune, écrit M. LYON-CAEN dans la note précitée, a sur elle un droit complet qui n'a pour limite que le droit égal de chacun des autres communistes : ce droit consiste à user de la chose commune, à la condition de n'en pas changer la destination sans le consentement unanime de tous les copropriétaires ». Cf. SIESSE, *op. cit.*, p. 185 : « Si la possession indivise n'est pas une division quantitative de la possession unique, elle doit être quelque chose de qualitativement différent de cette possession unique dont elle ne serait qu'une forme dégradée ».

sur la quote-part elle-même que son titulaire peut aliéner, hypothéquer le cas échéant, comme il l'entend. Il n'empêche que sur les biens indivis eux-mêmes, le pouvoir de chacun des coindivisaires est restreint, pour les raisons qui viennent d'être dites.

Et lorsqu'il s'agit d'aliéner tel ou tel bien indivis, l'opération n'est possible que par le regroupement des volontés de tous les indivisaires. Le droit de propriété ne recouvre son état original, et sa transmission ne peut avoir lieu que si tous ses éléments constitutifs, éparpillés et fractionnés par l'indivision, se réunissent, par l'unanimité des consentements des titulaires.

A cet égard, un bref parallèle s'impose entre le statut juridique des biens indivis et le statut juridique des biens qui sont la propriété d'une Société (1). Quand une Société se forme, en vue d'un but économique à poursuivre, la masse des biens qui composent le fonds commun appartient à l'être collectif. Les droits des associés s'analysent en une créance qu'ils possèdent sur la société. Le droit de propriété lui-même repose sur la personne morale. Lorsqu'il y a lieu d'aliéner l'un des biens qui font partie de l'actif social, cette opération est l'œuvre des organes chargés d'exprimer la volonté collective. Si la loi de la majorité a été introduite à l'intérieur de la Société, les volontés minoritaires doivent se plier devant des volontés antagonistes et plus nombreuses.

Dans l'indivision, au contraire, aucune personne morale ne vient recueillir et fixer les prérogatives essentielles du droit de propriété. En l'absence d'un pacte social, le caractère individualiste du droit de propriété subsiste. L'indivision est une société inorganisée, sans âme collective.

Mais la situation que nous avons exposée n'est que transitoire. Les droits des co indivisaires qui, à cause de leur allure protéiforme, ne se laissent pas facilement enserrer dans une définition précise, doivent se transformer un jour. S'ils ne

(1) V. sur ce point particulier IONASCO, *op. cit.*, p. 222.

peuvent actuellement se fixer sur tel ou tel point des biens indivis, ils sont destinés à se localiser quelque jour. Le droit de propriété récupérera, par le partage, sa nature propre. Au lieu d'une quote-part, planant sur l'ensemble des biens indivis, chaque indivisaire recevra un droit de propriété sur tel bien déterminé; de telle sorte qu'un indivisaire se trouve actuellement posséder la propriété sous condition suspensive des biens qui tomberont dans son lot, et la propriété sous condition résolutoire des biens qui écherront à d'autres. Mais l'incertitude des résultats du partage ne permet pas de dire, d'ores et déjà, qui, par rapport à tel bien, est propriétaire sous condition suspensive et qui, sous condition résolutoire (1).

83. — Ces explications permettent, nous semble-t-il, de placer sous son véritable jour, l'opération qui consiste, pour un co-indivisaire, à aliéner tel bien compris dans l'indivision.

Quand un co-indivisaire vend un immeuble indivis, sans se préoccuper de réunir au sien les consentements nécessaires des autres titulaires de quote-parts, que cède-t-il, en réalité, quels sont les droits qu'il aliène? A coup sûr, la quote-part qui lui appartient sur cet immeuble, et aussi les chances qu'il peut avoir de recevoir un jour, dans son lot, lors d'un partage, l'immeuble vendu. Mais l'acquéreur ne peut se flatter d'avoir acquis immédiatement et indiscutablement l'intégralité de la propriété de l'immeuble.

Comment s'établissent exactement les droits de l'acquéreur? La jurisprudence apporte une solution différente, suivant que l'acquéreur a été de bonne ou de mauvaise foi, c'est-à-dire a connu ou non l'état d'indivision du bien acquis.

Si l'acquéreur a été de bonne foi, on a pu se demander si cette ignorance du statut particulier de l'immeuble vendu

(1) V. sur le caractère conditionnel du droit du coindivisaire, les critiques formulées par M. JOSSEKAND, *loc. cit.* V. également les observations présentées par M. VIALLETON, dans sa note au S. 1927.1.169, s. Cass. civ., 22 nov. 1926.

n'avait pas été susceptible de déterminer chez lui une erreur substantielle, de nature à vicier le contrat (1).

Si l'acquéreur, au contraire, a été de mauvaise foi, les tribunaux ont maintenu la vente. Bien entendu, ils n'ont pas pu reconnaître à ce contrat plus d'effets qu'il ne devait rationnellement en produire. Ils ont donc admis la validité de la vente, jusqu'à concurrence de la quote-part qui appartenait au vendeur (2).

Voici donc, dans le système de la jurisprudence, l'acquéreur compris dans l'indivision, en tant que cessionnaire de la quote-part aliénée. Mais tout en étant, en un certain sens, commandée logiquement par la nature des droits du cédant sur l'immeuble, la situation ne laisse évidemment pas d'être paradoxale, car l'indivisaire cédant possédait, avant la cession, une quote-part globale qui représentait la somme des quote-parts afférentes à chacune des parcelles de tous les biens indivis. Après la cession, il se trouve détenir ces mêmes quote-parts, à l'exception de celles qui ont pour objet le bien aliéné. On crée ainsi, à l'intérieur de l'indivision, une seconde indivision, limitée au bien vendu, mais où le cessionnaire a pris la place du cédant (3).

A la vérité, et M. Vialleton (4) l'a noté avec beaucoup de justesse, cette validation partielle de la vente (postulée, malgré tout, par une analyse des droits du co-indivisaire vendeur, selon la théorie classique) a été, en réalité, pour la jurisprudence, un moyen de fortune laissé à l'acquéreur pour maintenir

(1) LAURENT, XXIV, n° 108. V. sur ce point l'exposé des différents systèmes proposés, dans une note de M. WAHL au S. 1895.4.25, sous Trib. de l'Empire d'Allemagne, 20 mars 1894. — Cpr. PLANIOL et RIPERT, II, n° 1419. — AUBRY et RAU, V, § 351, p. 54. — BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT, n° 121. — GUILLOUARD, I, n° 190.

(2) Civ., 18 nov. 1879. D. 80.1.55 ; S. 80.1.355. — Civ., 20 juil. 1925. D. H. 1925.649 ; S. 26.1.221.

(3) Cf. sur ce point CAPITANT, *loc. cit.*, p. 32. — SIESSE, *op. cit.*, p. 261.

(4) VIALLETON, note au S. 1927.1.169, s. Cass. civ., 22 novembre 1926.

ses droits sur le bien qu'il avait voulu acheter. Par le bénéfice de cet artifice technique, l'acquéreur du bien, devenu simple cessionnaire d'une quote-part sur ce bien, ne perd pas contact avec l'indivision, et il tient, de la qualité qui lui est conférée, la possibilité de participer au partage, de telle manière qu'une attribution frauduleuse du bien vendu à un autre que son cédant ne vienne pas le frustrer du bénéfice de l'opération, aléatoire en une certaine mesure, qu'il a réalisée (1). Bien entendu, le résultat du partage pourra, malgré le droit de regard que l'acquéreur sera à même d'exercer, lui être défavorable, et les droits du cessionnaire de la quote-part s'évanouiront, si le bien échoit à un co-partageant qui n'est pas le cédant. Mais l'acquéreur n'aura pas été démuné de tout moyen de contrôle.

84. — A la faveur de ces développements dont on a pu penser qu'ils se déroulaient en marge de notre sujet, mais dont nous voudrions faire ressortir maintenant l'utilité, nous pouvons reprendre l'hypothèse initiale d'une vente d'un immeuble indivis, consentie par un indivisaire qui : 1° a aliéné ses propres droits sur l'immeuble, et 2° aliéné les droits d'un ou plusieurs co-indivisaires en se portant fort de la ratification de ceux-ci.

Un premier point est hors de contestation : il faut appliquer à cette hypothèse particulière, la jurisprudence qui s'est fixée à propos de la vente d'un bien indivis à un acquéreur de mau-

(1) Il convient toutefois de remarquer que l'acquéreur ne bénéficie pas de toutes les prérogatives d'un indivisaire. Les cohéritiers de son auteur n'ont pas besoin d'exercer contre lui le retrait successoral (PLANOL et RIPERT, III, n° 2447. — AUBRY et RAU, II, § 221. — Cass. req., 23 mars 1870. D. 70.1.422; S. 71.1.78. — Paris, 1^{er} juill. 1909. D. P. 1910.2.287; S. 1910.2.172). Il n'a pas le droit de provoquer le partage, auquel il participe dans les mêmes conditions qu'un créancier (PLANOL et RIPERT, III, n° 2434. — AUBRY et RAU, X, § 626, texte et note 44. — *Contra* : COLIN et CAPITANT, III, p. 531). Il ne peut donc prétendre à une attribution en nature ou en valeur des objets sur lesquels il a acquis une quote-part. V. sur tous ces points : SIESSE, *op. cit.*, p. 261 et s.

vaïse foi, c'est-à-dire qui connaissait l'indivision (1). En se portant fort pour le ou les co-indivisaires absents, le vendeur a révélé, sans méprise possible, la situation juridique de l'immeuble. En conséquence, l'opération aura eu au moins pour effet de transférer à l'acquéreur la ou les quote-parts de celui ou de ceux qui ont figuré dans l'acte de vente (2).

Voilà donc un premier résultat réalisé par l'accord de l'acquéreur d'une part, et du vendeur en tant qu'il cède ses propres droits, d'autre part.

Mais par ailleurs, ce même vendeur, en tant qu'il a agi comme représentant bénévole de ses co-indivisaires pour lesquels il s'est porté fort, a opéré le transfert, au moins virtuellement, des quote-parts appartenant à ces derniers. Si l'indivision se prolonge jusqu'au moment de la ratification, l'approbation des co-indivisaires représentés réalisera l'unanimité nécessaire des consentements et le transfert de la propriété intégrale de l'immeuble vendu se situera, dans le temps, au moment de la conclusion du contrat, puisque son principe générateur réside dans la volonté de celui des co-indivisaires qui a agi tant en son nom personnel que comme représentant sans pouvoirs des co-indivisaires absents.

Mais, comme nous l'avons déjà noté, les droits des co-indivisaires sont mouvants et tendent incessamment à reprendre, moyennant un fractionnement, la forme originaire, précise et stable, du droit transmis (3). Et un partage peut se produire,

(1) Cette extension est d'ailleurs l'œuvre de la jurisprudence elle-même : Cass. civ., 22 nov. 1926, S. 27.1.169, note précitée de M. VIALLETON (Il s'agissait en l'espèce d'une simple promesse de vente).

(2) A moins que, du contrat lui-même, il ne résulte soit explicitement soit implicitement que, dans l'intention commune des parties, l'acquisition de la quote-part du coindivisaire vendeur est soumise à la condition suspensive de la ratification des coindivisaires absents. Telle nous paraît devoir être l'interprétation d'un jugement du Trib. civ. de la Seine, 10 mars 1927. D. H. 1927.312 (Sur l'influence de la volonté des parties, quant à la portée immédiate de l'opération v. SIESSE, *op. cit.*, p. 264).

(3) Cf. JOSSEKAND, note au D. 1932.2.1 s. Lyon, 5 mars 1931 : « Un droit indivis est une virtualité plus qu'une réalité. Il faut qu'à tout

avant le moment de la ratification, sur l'intervention même du co-indivisaire qui s'est porté fort.

Par application de cette jurisprudence qui valide partiellement la vente, l'acquéreur sera admis à surveiller, dans son propre intérêt, la transformation des droits qui résultera du partage, et nous supposons que cette opération se déroule dans des conditions de régularité absolue.

Considérons, dès lors, les résultats possibles :

Ou bien l'immeuble vendu échoit à l'indivisaire qui a réellement concouru à la vente (et non pas seulement par l'intermédiaire d'un représentant sans pouvoirs). Dans ce cas, par l'effet déclaratif du partage (1), l'attributaire du bien sera censé en avoir eu, dès la naissance de l'indivision, la propriété privative. Par voie de conséquence, on ne pourra plus dire que le

moment son titulaire soit à même de le réaliser, en le faisant sortir du domaine de l'abstraction, en l'objectivant, en le localisant à l'aide du partage.

(1) Sur les rapports de l'aliénation de la chose indivise et de l'effet déclaratif du partage, consulter notamment VIALLETON, note précitée : « L'effet déclaratif du partage a une conséquence négative que l'on est amené à souligner trop exclusivement et qui est de rendre l'allotissement de chaque copartageant indemne du fait des autres. Mais en contre-partie dans une théorie qui s'analyse en somme en une anticipation du partage définitif, il faut lui reconnaître aussi une conséquence positive qu'on a moins souvent l'occasion de mettre en lumière... Si l'article 883 C. civ. garantit à chacun des copartageants une sécurité absolue vis-à-vis des autres, il n'est pas sans conférer aussi aux tiers acquéreurs de droits réels, qui ne se sont pas assurés une situation inexpugnable en traitant avec des tiers, des garanties néanmoins sérieuses... Proclamer avec le texte que les choses mises au lot du copartageant sont rétroactivement sa propriété au jour de l'origine de l'indivision, cela ne peut aller sans affirmer qu'ils peuvent traiter sur un objet donné avec chaque indivisaire, mais à leurs risques et périls et sous l'éventualité du partage... Comment le partage qui réalise une simple répartition conventionnelle de droits jusqu'alors indivis trouverait-il, en lui-même, la puissance de valider les actes antérieurement passés par chaque indivisaire sur les biens mis dans son lot, si ces actes devaient auparavant être tenus pour nuls et non avenue ? La chose n'est possible qu'en reconnaissant, dès l'origine, à ces aliénations, un germe de validité ».

contrat comportait réellement, au bénéfice de l'acquéreur 1° le transfert immédiat de la quote-part du vendeur et 2° le transfert virtuel des quotes-parts des co-indivisaires représentés. Par le jeu de la rétroactivité dérivant de l'article 883 C. civ., il apparaît qu'en fait un seul consentement, celui de l'attributaire agissant pour son compte personnel, se trouvait nécessaire pour que l'acquéreur fut investi, dès le principe, de la propriété intégrale de l'immeuble vendu. Après coup, la représentation bénévole, au nom des co-indivisaires absents, se révèle complètement inutile, au même titre que la promesse de porte-fort.

Ou bien l'immeuble vendu tombe dans le lot d'un indivisaire pour lequel on s'est porté fort. Mais alors (toujours par l'effet déclaratif de partage) nous sommes ramené à l'hypothèse examinée précédemment (n° 80) : celle où la chose vendue est la propriété exclusive de la personne dont la ratification est promise.

85. — Comme on le voit, les situations juridiques, dans le cadre de l'indivision, sont caractérisées par une instabilité essentielle. Les droits qui s'y opposent sont sujets à des transformations qui interdisent toute prévision exacte. Jusqu'au partage, le sort des opérations passées dans cette période d'indétermination demeure incertain.

Dans ces conditions, il devient impossible de donner une réponse unique à la question posée ci-dessus : dans quelle mesure la vente d'un immeuble indivis, consentie par certains indivisaires qui se portent forts pour les non présents à l'acte, emporte-t-elle le transfert de la propriété ? En manière de conclusion, il nous faut poser les résultats suivants :

1° Dans l'état *actuel* des droits respectifs des co-indivisaires, la vente opère le tranfert au profit de l'acquéreur : a) *immédiatement* des quotes-parts de celui ou de ceux qui participent effectivement à la vente ; b) *virtuellement* des quotes-parts de ceux pour lesquels on se porte fort.

2° Si le partage survient avant la ratification, et si l'immeuble vendu est attribué à l'un de ceux qui ont concouru à l'acte, l'application de l'article 883 C. civ. entraînera cette conséquence qu'en fait il y aura eu vente totale et immédiate, par l'attributaire, de la propriété privative de l'immeuble.

3° Si, par le même partage, l'immeuble vendu tombe dans le lot d'un indivisaire pour lequel on s'est porté fort, la vente, par application du dit article 883 C. civ., et conformément à ce qui a été décidé précédemment (n° 80), n'aura opéré que virtuellement le transfert de la propriété intégrale de l'immeuble au profit de l'acquéreur.

§ 3. — Conséquences d'une prise de possession immédiate de l'immeuble par l'acquéreur.

86. — La détermination des effets de la vente — quant au transfert de la propriété — permet de fixer la situation juridique du propriétaire pour lequel on s'est porté fort.

Si l'acquéreur n'entre pas immédiatement en possession, aucune difficulté ne semble possible. Le *verus dominus* n'est pas lié. Il n'a même pas à faire déclarer nul un contrat qu'il ne s'est pas approprié, et qui lui est inopposable (1), n'étant que virtuel. Comme nous avons essayé de le montrer, la question de nullité ne saurait se poser que si le porte-fort était le représentant légal du propriétaire et nous avons admis que le représentant légal qui ne respectait pas les règles posées en vue d'une intervention pleinement efficace, n'avait pas le pouvoir d'engager celui au nom de qui il agissait, même sous la réserve d'une annulabilité de cet engagement (2).

(1) Un jugement du Trib. civ. de Montpellier, 2 nov. 1894 (*Rép. prat. du Not. et de l'Enreg.*, n° 8333) est particulièrement net à cet égard : « La personne pour laquelle on s'est porté fort est, en principe, reconnue étrangère à la convention » ; cf. LABBÉ, note au S. 1870.1.145, s. Cass. civ., 18 janv. 1870 : « La vente n'est pas opposable au propriétaire qui n'y a consenti ni par lui-même, ni par un mandataire ».

(2) V. *supra*, n° 37.

Mais, par l'effet de la tendance, déjà signalée, que manifeste le contrat à se projeter dans la réalité, il advient que l'acquéreur, considérant la ratification comme moralement, sinon juridiquement acquise, entre en possession immédiate de l'immeuble (1). Il est possible, au surplus, qu'une clause expresse du contrat l'y autorise. C'est alors que, à l'égard du *verus dominus*, la situation n'est plus entière. Son droit de propriété est menacé. Il sera sauvegardé par l'exercice de l'action en revendication (2).

On peut même concevoir que ce soit le porte-fort lui-même qui intente cette action. Il suffit d'envisager l'hypothèse très fréquente, où le porte-fort est le tuteur de celui dont il a promis la ratification. Certes, en tant que gérant d'affaires, en tant que représentant spontané de celui au nom duquel il a agi, il ne peut rien faire qui soit susceptible de compromettre le contrat qu'il a passé. Mais, *en tant que représentant légal*, il lui est loisible, il lui est même imposé, par les obligations de sa mission, de mettre en œuvre tous les moyens qui sont à sa disposition. Ainsi s'institue, dans la personne du porte-fort, une sorte de conflit de qualités. Il ne paraît pas douteux que ce

(1) On ne peut donc distinguer dans l'existence du contrat virtuel deux phases successives, comme le fait M. GALLET (*Etude de la fiction de rétroactivité*. Thèse Poitiers, 1902, p. 65) à propos du contrat conditionnel : a) une phase psychologique et subjective et b) une phase effective. Dès avant la ratification, le contrat se traduit dans les faits.

Sur les conséquences fiscales que peut entraîner une exécution immédiate de la vente, v. *supra*, n° 34, p. 82 note 2 et n° 80, p. 169 note 3.

(2) Cf. LABBÉ, note précitée. En cas d'exercice de l'action en revendication, l'acquéreur n'aura pas à appeler le porte-fort en garantie, car le porte-fort n'est pas un *vendeur*, il se trouve n'avoir été que le représentant bienveillant — et désavoué — du véritable propriétaire. Et c'est là qu'apparaît une des différences les plus marquées entre la vente par un porte-fort et la vente de la chose d'autrui, puisque le vendeur d'une *res aliena* est tenu à garantie (PLANIOL et RIPERT, II, n° 1423). Il est vrai que dans l'hypothèse de la vente d'une chose indivise réalisée dans les conditions qui ont été précisées plus haut (n° 81 et s.) on ne peut pas dire que le porte-fort n'est pas lui-même vendeur. Mais il y a lieu de remarquer qu'alors l'acquéreur trouve dans la promesse d'indemnisation elle-même le principe d'une réparation intégrale.

conflit doit être résolu au bénéfice du mineur. Les initiatives que le tuteur peut prendre comme gérant d'affaires sont paralysées par les obligations qui dérivent de sa fonction. Sa personnalité se dédouble : en tant que représentant légal du mineur, agissant dans les limites qui lui sont assignées par la loi, et sous réserve des autorisations nécessaires (art. 464 C. Civ.) il lui appartient de méconnaître le contrat qu'il aura formé comme représentant sans pouvoirs. Si, par ses agissements, il rend impossible la ratification du contrat, il devra seulement une indemnité à l'acquéreur, à raison de la survenance du dommage dont il avait assumé le risque (1).

Comme il est naturel, les conditions d'exercice de l'action en revendication se compliquent, lorsque le bien vendu se trouvait être la propriété indivise du porte-fort et du tiers représenté. On peut se demander en effet si, en raison du doute que l'incertitude du résultat du partage fait planer sur l'étendue et le contenu des droits transmis, l'acquéreur ne sera pas en mesure d'exiger du revendiquant qu'il lui fasse la preuve de son droit de propriété relativement au bien vendu (2).

Cependant, la Cour de cassation a admis, même dans cette hypothèse (3), la possibilité d'une action en revendication. Et une telle solution se justifie aisément : le droit des co-indivisaires sur les quote-parts s'accompagne d'un droit de jouissance sur la chose, (limité il est vrai, comme nous l'avons

(1) C'est ce qu'a admis, dans une hypothèse voisine, la Cour d'appel de Rouen, dans un arrêt (non publié) du 24 décembre 1925. Elle a décidé que « le fait par une mère tutrice d'avoir accepté la tutelle, l'obligation même que la loi lui impose en cas de refus et dans le temps où le conseil de famille n'a pas encore pourvu aux fonctions de tuteur, *autorisaient un tel dédoublement de la personnalité* juridique et habilitaient la mère à se refuser à la réalisation d'un acte, d'après elle contraire aux intérêts des mineurs, quand bien même *personnellement comme porte-fort* elle se serait engagée à le réaliser ». On trouvera d'ailleurs une application du même raisonnement en matière de partage, dans un jugement du Trib. civ. de Belfort du 22 février 1924. D. H. 1924.447.

(2) Cpr. : GUILLOUARD, I, n° 191.

(3) Cass. civ., 28 fév. 1894. S. 96.1.209, note LYON-CAEN.

noté (1), par l'existence de droits concurrents) et l'exécution *actuelle* du contrat porte atteinte à la situation *actuelle* du co-indivisaire qui n'a pas participé à l'aliénation.

87. — Si l'action en revendication aboutit, un délicat problème se pose : l'acquéreur évincé devra-t-il être réputé de bonne ou de mauvaise foi ?

L'article 550 C. civ. définit le possesseur de bonne foi « celui qui possède, comme propriétaire, en vertu d'un contrat dont il ignore les vices ». Ainsi donc, la bonne foi du possesseur consiste à ignorer le vice qui *l'a empêcher de devenir propriétaire ou qui rend fragile son titre d'acquisition*.

A première vue, l'acquéreur qui tient ses droits d'un représentant sans pouvoirs, ne paraît pas réunir les conditions précisées par la loi : le transfert de propriété n'est que virtuellement opéré. Même dans le cas de vente d'une chose indivise, l'acquéreur peut voir s'évanouir, à la suite d'un partage, les droits qui lui ont été transmis par les co-indivisaires qui ont concouru à la conclusion du contrat. Sans doute « la connaissance de l'irrégularité du titre n'est pas nécessairement constitutive de mauvaise foi » (2) et l'on est tenté d'accorder le bénéfice de la bonne foi, aussi bien à celui qui, ayant acquis d'un simple porte-fort, a pu croire à la vraisemblance d'une ratification ultérieure, qu'à celui qui contractant avec un mineur « en dehors des formalités prescrites », a pu avoir des « raisons sérieuses de croire que la vente passée dans l'intérêt bien entendu d'un incapable serait postérieurement confirmée » (3). Sans doute aussi, « la bonne foi peut résulter d'une erreur de droit aussi bien que d'une erreur de fait » (4). Toutefois, la présence même de la promesse de porte-fort nous paraît introduire dans le débat, un élément incompatible avec les exigences,

(1) V. *supra*, n° 82.

(2) PLANIOL, RIPERT et PICARD, III, n° 176.

(3) AUBRY et RAU, II, § 206, p. 408.

(4) PLANIOL, RIPERT et PICARD, *ibid.*

d'ailleurs modérées, de l'article 550 C. civ. Celui-là même qui est appelé à profiter de la promesse d'indemnisation, destinée à couvrir le risque d'une absence de pouvoirs, sait ou doit savoir pertinemment que le contrat conclu avec un représentant sans qualité est irrégulier. Et il trouve, au surplus, dans la promesse de porte-fort, le principe d'une réparation intégrale du préjudice qu'il est susceptible de subir.

Dès lors, ce ne serait pas, semble-t-il, lui imposer un traitement injuste que de lui refuser la faveur particulière, accordée au possesseur de bonne foi, par l'article 555 C. Civ., au cas où, étant entré prématurément en jouissance de l'immeuble, il y aurait élevé des constructions.

Or, la Cour de cassation (1) a admis l'existence de la bonne foi dans des circonstances où l'acquéreur ne pouvait avoir, ni en droit ni en fait, aucune espèce d'illusion sur la régularité de son titre. Une dame veuve Mazet agissant : *a*) en son nom personnel, comme usufruitière de la moitié des biens de la succession de son mari, et *b*) comme tutrice légale de ses enfants mineurs, pour lesquels elle s'était portée fort, avait consenti à un sieur Andrieux une promesse de vente (2) relativement à un terrain en bordure d'un cours d'eau. Ce sieur Andrieux rétrocéda ses droits à la « Société Grenobloise de force et lumière », qui, immédiatement, entra en possession du terrain et y procéda à d'importants et très coûteux travaux. C'est ici qu'il nous semble voir se dessiner une manœuvre dont il se pourrait bien que les tribunaux eussent, par la suite, tenu le plus grand compte. Le Conseil de famille des mineurs, conscient de la plus-value qu'avait prise le terrain, à la suite des aménagements considérables qui y avaient été faits, décida alors de provoquer une vente régulière, selon les formes prescrites. Tout permet de croire que le Conseil de famille espérait voir la Société Grenobloise, menacée dans ses droits, se porter adjudicataire moyen-

(1) Cass. req., 6 mars 1905. D. P. 1910.1.362.

(2) Comme on le voit, il n'y avait là qu'un simple avant-contrat et non un contrat virtuel. Mais l'exemple ne nous en paraît que plus démonstratif.

nant un prix bien supérieur à celui que comportait la promesse. En fait, ce fut un sieur Vial qui fit l'acquisition.

Saisie d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour de Grenoble (17 mars 1903) (1) qui avait notamment reconnu la qualité de possesseur de bonne foi avec droit de rétention, à la Société Grenobloise de force et lumière, la Cour de cassation se prononça dans le sens de l'arrêt attaqué : « Attendu que, si l'acte du 17 octobre 1896 révélait à la Société que la promesse de vente consentie par la dame Mazet l'avait été sans l'accomplissement des formalités prescrites par la loi, la Cour de Grenoble a pu néanmoins décider que ladite Société *avait cru à la ratification* des mineurs Mazet, et considéré cette ratification comme d'autant plus *probable* que la dame Mazet, indépendamment de sa qualité de tutrice, s'était engagée comme usufruitière d'une partie des biens que la réalisation de la vente allait soustraire à son usufruit ; que l'arrêt attaqué a pu, dès lors, déclarer la Société *possesseur de bonne foi* et la faire profiter des avantages indiqués dans l'article 555 C. civ. ».

Comme on le voit, des considérations d'ordre divers ont influencé une décision qui, écartant l'application mécanique des textes, a eu surtout pour but de satisfaire aux indéniables exigences de l'équité : disproportion évidente entre la valeur originale du terrain et l'importance des travaux qui y avaient été faits par la suite ; rigueur maladroite d'une solution qui eut pu amener, par la mise en œuvre de la notion de mauvaise foi, la destruction d'aménagements considérables ; entrée en ligne de compte des droits propres que l'auteur de la promesse se trouvait posséder sur l'immeuble ; puis, brochant sur le tout (encore que rien n'en transparaisse à travers l'arrêt) l'aperception de la manœuvre un peu grosse tentée par le Conseil de famille. Mais précisément, toutes ces circonstances particulières, en même temps qu'elles établissent le bien-fondé de l'arrêt, nous semblent lui enlever tout caractère d'une décision de principe. Et

(1) Rapporté sous l'arrêt de la Chambre des requêtes, précité.

sans doute faut-il, malgré tout, poser en règle générale, que l'acquéreur qui tient son titre d'un simple porte-fort n'est pas, s'il entre en jouissance de l'immeuble, un possesseur de bonne foi. C'est ce que paraissent commander tout à la fois l'esprit et la lettre de l'article 550 C. civ.

88. — Cette question de la bonne ou de la mauvaise foi de l'acquéreur se retrouve à propos de l'usucapion. Sous réserve de la suspension de prescription dont certains propriétaires sont susceptibles de bénéficier, l'acquéreur, qui a conclu le contrat de vente avec un simple porte-fort et qui entre en possession de l'immeuble, pourra-t-il usucaper par dix ou vingt ans ?

Le problème ne se pose plus ici avec les mêmes données que dans le cadre de l'article 550 C. civ. Les éléments constitutifs de la bonne foi ne sont pas les mêmes : le juste titre est distinct de la bonne foi.

Reprenons successivement ces deux conditions de l'usucapion abrégée.

1^o « On appelle « juste titre » l'acte qui a pour but de transférer la propriété et qui l'eut effectivement transférée, s'il était émané du véritable propriétaire » (1).

Or, le titre de l'acquéreur qui a traité avec le porte-fort n'est que virtuellement translatif de propriété. Si nous avons admis que le contrat conclu entre un co-contractant et un porte-fort, était nul, il nous eut fallu préciser ici la nature de la nullité, car un acte simplement annulable peut faire titre contre le vrai propriétaire (2). Mais, tout en ayant distingué le contrat virtuel du contrat conditionnel, (3) il nous paraît que l'acquéreur qui tient ses droits d'un porte-fort se trouve, quant à l'usucapion, dans une situation analogue à celle d'un acquéreur sous

(1) PLANIOL, RIPERT et PICARD, III, n^o 701.

(2) C'est là un nouvel intérêt de la distinction entre la vente avec promesse de porte-fort et la vente de la chose d'autrui (cf. PLANIOL et RIPERT, II, n^o 1423).

(3) V. *supra*, n^o 39.

condition suspensive. Et le titre dont ce dernier est capable de se prévaloir ne peut être invoqué qu'à partir de la réalisation de la condition (1). De même, le titre de l'acquéreur par l'intermédiaire d'un porte-fort attend de la ratification, encore incertaine par hypothèse, le parachèvement qui lui permettra d'être valablement produit. Dans les deux cas, on peut dire, en reprenant la formule d'Aubry et Rau (2), que si l'acquéreur est déjà en possession, cela « ne peut s'expliquer que par une convention accessoire qui, impliquant pour ce dernier une obligation éventuelle de restitution, ne lui crée qu'une situation provisoire et équivoque ».

2^o Quant à la bonne foi, il convient de se reporter à ce qui a été dit plus haut. L'acquéreur, en acceptant la promesse du porte-fort, a, par là même, manifesté l'exacte connaissance du défaut de pouvoirs du représentant avec lequel le contrat était passé. De toute manière, l'absence d'un juste titre interdirait toute prescription abrégée.

Quand l'objet de la vente se trouve avoir été un immeuble indivis, la promesse de porte-fort ayant été donnée par certains des co-indivisaires vendeurs, la situation est plus complexe, car l'acte a été (sauf l'effet déclaratif d'un partage ultérieur) immédiatement translatif des quote-parts de ceux qui y ont concouru. Il ne peut donc s'agir alors que de l'usucapion des quote-parts de ceux des propriétaires qui ont été simplement représentés. Mais, dans cette limite même, le raisonnement, proposé plus haut, doit être appliqué.

En toute hypothèse donc, il paraît bien que l'acquéreur entré en possession, alors qu'il ne tient ses droits que d'un porte-fort, ne pourra usucaper que dans un délai de 30 ans (3).

(1) PLANIOL, RIPERT et PICARD, III, n^o 705. — AUBRY et RAU, II, § 218 texte et note 12.

(2) AUBRY et RAU, *loc. cit.*

(3) C'est précisément pour permettre l'exercice de l'action en revendication pendant ce délai trentenaire qu'un certain nombre de Cours d'appel n'ont pas admis, avec raison selon nous (v. *supra*, n^o 37) la doctrine de la Cour de cassation, selon laquelle la vente conclue par un

§ 4. — Du paiement du prix.

89. — Généralement, l'incertitude de la ratification, le caractère aléatoire de l'opération interdisent aux parties la stipulation d'un paiement du prix antérieur à la ratification, aussi bien d'ailleurs qu'une autorisation d'entrer en possession prématurée.

Mais il arrive que les contractants, en dépit des déficiences de l'acte, conviennent de fixer l'époque du versement des fonds avant celle de l'approbation de la vente par le véritable propriétaire. C'est là une nouvelle manifestation de cette tendance des volontés à modifier d'ores et déjà les positions juridiques respectives, sans que toutes les conditions de régularité soient réalisées. Le contrat, malgré ses imperfections, est doué d'un certain dynamisme. A vrai dire, une manière de procéder aussi hasardeuse se rencontre surtout en matière de vente de biens indivis.

L'acquéreur, dans ce cas, doit-il exécuter son engagement ? Il semble bien que l'affirmative ne soit pas douteuse. Sans doute, la vente est un contrat synallagmatique, et si l'on applique ici la théorie causaliste, le paiement du prix se trouve avoir pour cause un transfert de propriété dont nous avons dit qu'il n'était pas *actuellement* acquis. Malgré cela, l'acquéreur ne saurait soutenir l'inexistence de la cause du paiement qu'on lui réclame, car, en toute hypothèse, il est au moins investi de la propriété virtuelle de l'immeuble vendu, et, s'agissant d'un bien indivis, il détient désormais les quote-parts des co-indivisaires ayant concouru à la vente (encore bien que celles-ci puissent lui échapper par l'effet d'un partage). Au surplus, il appartient aux contractants de briser, par leurs libres conven-

tions, le titre du mineur porte-fort au nom du mineur serait *annulable*, car alors l'acquéreur n'a plus à se prévaloir de l'usucapion : il lui suffit d'invoquer la prescription décennale de l'article 1304 C. civ.

tions (art. 1134 C. civ.) ce rapport nécessaire que la loi établit entre les prestations respectives auxquelles le contrat donne lieu. L'engagement que prend l'acquéreur de payer immédiatement le prix, en dépit de l'aléa qui caractérise l'opération, offre ce trait commun avec l'engagement personnel du porte-fort qu'ils impliquent tous deux la certitude morale de la ratification subséquente.

A défaut de lien juridique, un lien psychologique les unit. Comme le porte-fort, mais d'une autre manière, l'acquéreur a assumé sa part des risques que comporte l'opération : il suit la foi du représentant, avec la certitude que celui-ci recevra postérieurement, sous forme de ratification, l'habilitation nécessaire. Ayant promis, l'acquéreur doit payer.

Mais ne pourra-t-il pas trouver un moyen de défense dans l'article 1653 C. civ. ? Ne pourra-t-il pas en effet prétendre qu'il se trouve dans l'hypothèse type où le refus de payer peut être motivé par un *juste sujet* de craindre d'être troublé par une action en revendication, intentée dans les conditions que nous avons ci-dessus précisées ? Et ne pourra-t-il pas différer le paiement jusqu'à ce que la menace d'éviction ait cessé, c'est-à-dire jusqu'à ce que la ratification effective ait eu lieu ?

Ce même article 1653 C. civ. fournit à celui qui a conclu le contrat avec l'acquéreur, les éléments de sa réponse. Il prévoit en effet que la rétention du prix ne pourra être exercée si les parties ont convenu que « nonobstant le trouble, l'acquéreur paierait ». La jurisprudence exige, il est vrai, qu'une telle clause soit expresse. Mais, dans le cas d'une vente avec porte-fort, l'existence d'une telle convention ne nous paraît pas douteuse : elle est inscrite, sinon en termes exprès, du moins et sans contestation, de façon implicite, dans le contrat. Lorsqu'il s'est obligé, envers un représentant sans pouvoirs, à payer le prix avant la ratification, l'acquéreur, indubitablement renseigné sur ce défaut de pouvoirs, connaissait l'incertitude qui planait sur son droit de propriété. Par ailleurs, celui qui a traité avec l'acquéreur trouve, toujours dans le même texte, une res-

source supplémentaire : il peut exiger le prix, sous condition de donner caution.

En définitive donc, l'acquéreur, s'il y est obligé, doit payer avant la ratification. C'est dans ce sens d'ailleurs que s'est prononcée la Cour de cassation (1).

90. — Dès lors, si l'acquéreur refuse d'exécuter son engagement, quelles sanctions pourront jouer contre lui ? L'action en résolution pourra-t-elle être intentée ?

Une objection se présente : elle dérive de la nature même de l'opération conclue. L'action en résolution, pourrait-on dire, suppose l'existence même d'un contrat : on ne détruit que ce qui est. Dès lors, quelle raison y a-t-il de provoquer la résolution d'un contrat qui ne se formera qu'au moment de la ratification ? C'est tout le problème de la valeur juridique du contrat de vente lui-même, avant la ratification, qui se trouve ainsi posé. Or, il nous paraît bien que, sans forcer le sens des décisions jurisprudentielles, nous soyons autorisé à y découvrir une confirmation, au moins implicite, de la théorie précédemment exposée du contrat *virtuel*, mais *déjà formé*, car nous voyons la jurisprudence sanctionner, par une résolution, le défaut d'accomplissement des obligations assumées par les contractants, alors que la ratification n'a pas eu lieu. Elle reconnaît, par là même, l'existence du contrat.

Il est vrai que, dans l'espèce à laquelle nous nous référons (2), c'est un bien indivis qui avait été vendu par certains indivisaires et que, dans ces conditions, l'intérêt direct des co-indivisaires vendeurs était susceptible de justifier leur intervention. Mais il nous faut noter comme très symptomatique, le fait que la Cour de cassation n'a pas restreint à la mesure de

(1) Cass. req., 25 mai 1852. D. P. 52.1.279 ; S. 52.1.447. Dans le même sens : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 50. — AUBRY et RAU, IV, § 343 *ter*, texte et note 12. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, I, n° 133. — LAURENT, XV, n° 546. — LAROMBIÈRE, I, s. art. 1120, n° 4.

(2) Cass. req., 25 mai 1852, précité.

l'intérêt direct des vendeurs qui s'étaient portés forts, les obligations de l'acquéreur. Si l'arrêt, en effet, constate « que deux parties, en l'absence de la troisième, avaient qualité suffisante pour demander l'exécution des obligations *contractées envers elles seules* », il ne saurait être contesté que ces obligations avaient pour objet le paiement de la *totalité* du prix fixé. Ce prix, les vendeurs l'avaient bien fixé *seuls*, en accord avec l'acquéreur, mais ils avaient agi alors, tant en leur nom personnel que comme représentants d'un co-indivisaire absent. C'est de *l'intégralité des engagements* que l'acquéreur était tenu, car, dans la mesure même où les vendeurs avaient conclu le contrat au nom et pour le compte de l'absent, l'acquéreur n'en avait pas moins vu en eux *des représentants*, dont il avait expressément renoncé, par la stipulation d'un paiement prématuré, à contester ultérieurement la qualité.

Il faut déduire de là qu'en présence d'une action en résolution exercée par ceux des indivisaires qui auraient vendu un immeuble, eu se portant forts de leurs co-intéressés, l'acquéreur ne saurait tirer argument de l'indivisibilité de l'action (1) et demander la mise en cause de tous les propriétaires. A notre avis, en effet, il ne saurait dénier qualité pour agir à ceux-là mêmes qu'au moment de la formation du contrat, il aurait jugés capables de recevoir valablement un paiement, en l'absence de toute ratification.

Pour identité de motifs, et bien qu'il ne paraisse y avoir sur ce point aucune décision jurisprudentielle, il convient d'accorder au porte-fort la faculté d'user, le cas échéant, de l'action en résolution, même lorsqu'il n'a aucun droit sur l'immeuble vendu. Sans doute, comme gérant d'affaires, le porte-fort doit se garder de tout agissement qui serait susceptible d'enlever au tiers le bénéfice éventuel de l'opération, et le contrat, jusqu'à

(1) Sur cette indivisibilité de l'action en résolution v. PLANIOL, RIPERT et HAMEL, X, n° 171. — COLIN et CAPITANT, II, p. 494. — AUBRY et RAU, V, § 356, p. 152. — BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT, n° 544. — GUILLOUARD, II, n° 574.

la ratification, est soustrait aux variations de la seule volonté des contractants. Mais il appartient au représentant qui ne s'est pas entendu reprocher, au moment de la conclusion du contrat, son défaut d'habilitation, d'exercer en *sa qualité même de représentant*, les prérogatives qu'il tient du contrat lui-même. En règle générale donc, il est logique d'admettre que 1^o l'acquéreur, s'il s'y astreint, doit payer et 2^o que l'action en résolution sanctionne le défaut d'exécution de cet engagement.

91. — Pourtant, l'arrêt de la Cour de cassation qui sert de substratum à tous ces développements (1), nous révèle précisément une situation juridique telle que l'acquéreur, en dépit d'une stipulation de paiement prématuré, s'est vu reconnaître le droit de ne pas verser son prix. Une dame Lechesne et une dame Cournet avaient vendu à une dame Daillier un domaine indivis entre elles et la mineure Esther Lechesne, pour laquelle elles s'étaient portées fort. Selon la convention, la date du paiement du prix devait précéder celle de la ratification. Mais la femme, qui avait acheté, était dotale et avait déclaré dans l'acte que cette acquisition était destinée à lui servir de remploi de deniers dotaux. A l'échéance, elle refusa de payer, en se basant sur l'article 1653 C. civ.

En l'espèce, ce refus était pleinement justifié, car le remploi, pour être valable, doit être *utile* (2) : les biens qui sont appelés à remplacer dans le patrimoine de la femme ceux qui ont été aliénés, doivent être à l'abri de toute cause d'éviction. Et le notaire, détenteur des fonds dotaux, n'aurait pu s'en dessaisir sans engager sa responsabilité. Il aurait commis une faute professionnelle en prêtant son ministère à une opération qui n'eût pas constitué un remploi régulier (3). L'engagement de payer

(1) Cass. req., 25 mai 1852, précité.

(2) PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n^o 1208. — AUBRY et RAU, VIII, § 537, texte et note 94. — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, III, n^o 1776.

(3) PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n^o 1213 et 1215 (et les références indiquées).

avant la ratification se trouvait, en quelque sorte, paralysé par la dotalité de la femme. Le principe de l'inaliénabilité dotale s'opposait à l'exécution d'une obligation qui était de nature à compromettre l'intégrité de la dot.

Néanmoins, le souci légitime de ne pas porter atteinte à la dot ne devait pas interdire l'exercice de l'action résolutoire. Si le remploi, effectué dans les conditions qui viennent d'être précisées, n'était pas régulier, il n'en restait pas moins que la femme avait fait acte d'acquisition, et que, sous réserve de la conservation de sa dot, elle avait pu valablement s'obliger. Tenue contractuellement, rien ne se fut opposé à ce qu'elle payât avec ses paraphernaux. Et la Cour de cassation a admis, en cette circonstance, la possibilité d'une action en résolution, avec condamnation à des dommages-intérêts. Il convient d'observer d'ailleurs que la dot n'avait nullement souffert de cet anéantissement du contrat : d'une part, la somme dotale, objet d'un remploi non consommé, était restée intacte entre les mains de la femme (ou du notaire, son mandataire) (1) et d'autre part l'immeuble acheté n'était que virtuellement entré dans le patrimoine de la femme et n'avait été que virtuellement frappé de dotalité (2). Or, ne jouissent du bénéfice de la dotalité que les biens de la femme dont le statut juridique est nettement défini. La résolution avait eu pour résultat d'annihiler l'acte d'emploi, mais la dot elle-même n'avait subi aucune diminution ni aucun dommage.

Ainsi se révèlent, à travers cette espèce curieuse, les contra-

(1) Il paraît même résulter des circonstances de fait relatées dans l'arrêt de la Cour de Rennes du 15 février 1851, objet du pourvoi (et rapporté au D. P. 1852.1.279 avec l'arrêt de la Chambre des requêtes) qu'au moment où elle avait fait l'acquisition, la dame Daillier n'avait pas encore à sa disposition les deniers dotaux soumis à emploi. Elle avait simplement déclaré dans l'acte qu'elle se proposait d'aliéner des immeubles dotaux pour solder le prix de son acquisition. Il s'agissait, en définitive, d'un remploi anticipé.

(2) On lit dans l'arrêt précité de la Chambre des requêtes : « L'immeuble acheté ne pouvait devenir dotal par remploi que par la substitution

diction incluses dans le contrat conclu par le porte-fort, les tendances opposées qui s'y manifestent : sa précarité le rend incompatible avec des opérations qui, comme le remploi dotal, exigent une régularité, une sécurité parfaites, mais, d'un autre côté, en dépit de toutes ses déficiences, il n'est pas dénué d'une certaine vitalité, d'une certaine force, puisqu'il permet la mise en œuvre immédiate des procédés d'exécution que comporte un contrat définitif. Ce jeu perpétuel de contrastes nous semble constituer d'ailleurs l'intérêt, en même temps que la caractéristique, de notre sujet.

§ 5. — De la transcription et de l'inscription d'office.

92. — Le contrat de vente, conclu par un représentant porte-fort, doit-il être transcrit ? La solution de cette question dépend, évidemment, de la conception que l'on a adoptée à propos de la valeur juridique de l'accord établi entre le co-contractant et le porte-fort.

Si l'on nie qu'un contrat ait été réellement formé, il va de soi que la transcription ne présente aucune espèce d'utilité. Si l'intervention du porte-fort s'est trouvée dépourvue de tout pouvoir créateur, à quoi bon la soumettre à la publicité ? La formalité de la transcription est la manifestation sensible, à l'égard des tiers, des mutations immobilières. A quoi servirait d'y recourir, dès lors qu'aucun transfert de propriété n'a eu lieu (1) ?

Si, au contraire, l'on reconnaît qu'un contrat de vente a été conclu et si l'on veut voir, dans la volonté du porte-fort, vivifiée

de cet immeuble aux deniers dotaux que la femme Daillier aurait versés pour le payer... N'y ayant pas eu de paiement, il n'y a pas eu remploi ni immeuble acheté devenu dotal. »

(1) Sur l'insuffisance de la transcription d'une simple promesse de vente ; cf. PERCEROU, note au D. P. 1909.1.425, s. Cass. req., 26 mai 1908. — V. cependant les observations présentées par M. DEMOGUE (II, n° 527) qui discerne dans la solution communément admise « un abus de construction doctrinale ».

par la volonté subséquente du tiers représenté, le principe générateur de la transmission du droit de propriété, l'opportunité de la transcription ne semble pas faire de doute. Comme nous avons admis le principe de la rétroactivité de la ratification, comme le contrat, approuvé par le tiers, prend date et commence de produire ses effets, en principe, au jour où il a été réellement formé par les volontés du co-contractant et du porte-fort, il paraît bien que les parties aient le plus grand intérêt à publier, dans le délai le plus rapproché, la mutation qui a eu lieu, même si elle n'est que virtuelle. Toutefois, on peut se demander si la seule transcription du contrat suffit pour que la vente soit opposable aux tiers. Bien qu'elle ne soit pas formatrice de la convention, la volonté du propriétaire représenté joue un rôle si nécessaire dans le déplacement de la propriété que la question se pose de savoir si la publication de la ratification elle-même ne serait pas conforme au vœu de la loi et si la mutation ne serait pas opposable aux tiers, à compter seulement de l'accomplissement de cette formalité supplémentaire (1). Dans ces conditions, la transcription préalable du contrat sim-

1. Si les parties résolvaient par l'affirmative la question que nous posons dans le texte et décidaient de faire transcrire immédiatement le contrat, le Conservateur des hypothèques, qui n'a pas à s'instituer juge de la validité des actes qui lui sont remis, en vue de la formalité (PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, XII, n° 697) ne saurait élever d'objection relativement au défaut de parachèvement de l'opération juridique réalisée par le porte-fort. En ce sens : LABBÉ, *op. cit.*, n° 65 : « Ne faut-il pas poser comme un principe en matière de gestion d'affaires qu'un gérant peut faire spontanément, sous la condition de la ratification, tout ce qui peut être fait par un mandataire? Objectera-t-on que les registres publics seront embarrassés d'une transcription destinée à rester illusoire par le défaut de ratification? Cela est vrai. Mais est-ce qu'on ne transcrit pas des actes suspendus par une condition, résolubles, annulables? »

Encore serait-il nécessaire, malgré tout, pour que la transcription fût utile, que l'on présentât au Conservateur un acte véritable et non des documents informes (cf. Cass. req., 11 janvier 1928. D. P. 1929.1.69 où il est question d'une vente qui avait été conclue verbalement par un fils, gérant d'affaires de ses parents et qui avait été suivie de la transcription de diverses pièces et notamment de la lettre d'un simple homme

plement virtuel ne s'imposerait plus avec la même force. C'est là un problème qu'il nous faut présentement réserver (1).

Quoi qu'il en soit, l'utilité de la transcription ne nous semble pas contestable dans l'hypothèse, d'ailleurs la plus fréquente, où il s'agit de la vente d'un bien indivis consentie par certains co-indivisaires qui se portent forts pour les absents. Comme nous l'avons déjà noté, une telle opération entraîne le transfert immédiat de la propriété des quote-parts de ceux qui concourent à l'acte (sous réserve, bien entendu, des effets d'un partage ultérieur). Dans ces conditions, la publicité de la mutation s'impose. Elle sera même particulièrement efficace si le partage dont nous venons de parler se produit avant la ratification et s'il fait tomber l'immeuble aliéné dans le lot d'un des co-indivisaires qui ont participé à la vente. Par application de l'article 883 C. civ., en effet, l'acquéreur se trouve rétroactivement investi de la propriété intégrale de l'immeuble, à compter du jour où la vente aura eu lieu.

93. — Si le prix est payé comptant par l'acquéreur, le privilège institué pour la sauvegarde des droits du vendeur ne prendra pas naissance. Et comme la ratification, si elle survient, s'appliquera à l'opération toute entière, et validera aussi bien l'aliénation que le paiement, le Conservateur n'aura pas plus à prendre l'inscription d'office que si le contrat avait été effectivement conclu par le propriétaire lui-même.

d'affaires avertissant l'acquéreur que ses clients [les propriétaires de l'immeuble vendu] « tenaient à respecter la parole donnée » par leur fils et « consentiraient à en arriver à la réalisation de la vente promise »).

(2) V. *infra*, n° 101. Bien entendu nous raisonnons dans le texte en supposant admise sans restrictions la théorie du contrat virtuel — inopposable au tiers représenté. Il est bien évident que notre argumentation ne pourra pas s'appliquer au cas d'une vente conclue par un tuteur porte-fort si, contrairement à l'opinion que nous avons soutenue, on estime que, dans cette hypothèse, le contrat est simplement annulable (cf. *supra*, nos 37 et s.), car alors la vente sera, malgré son irrégularité, immédiatement translatrice de propriété et l'opportunité de sa transcription ne soulèvera pas le moindre doute.

Si, au contraire, le prix a été stipulé payable à terme, le Conservateur aura à trancher le délicat problème de l'utilité d'une telle inscription d'office.

Une distinction, à notre avis, pourrait être proposée : ou il s'agit de la vente d'une chose indivise, dans les conditions qui ont été précisées plus haut, et alors l'inscription (encore bien qu'elle ne soit pas, par elle-même nécessaire, si la transcription est opérée) (1) manifesterait l'existence actuelle de la créance privilégiée des co-indivisaires qui auront concouru à la vente ; ou il s'agit de la vente d'un bien sur lequel le porte-fort n'a aucune espèce de droit. Mais alors, on voit réapparaître la difficulté à laquelle il a été fait allusion plus haut : la ratification doit-elle être transcrite ? Dans l'affirmative, en effet, l'inscription pourrait n'être prise qu'au moment où la ratification serait soumise à la formalité. Tout le problème gravite autour de la publicité de la ratification, et ce point va être étudié à propos de la ratification proprement dite.

SECTION II

Du contrat de vente après la ratification.

94. Nécessité d'apporter un correctif au principe de la rétroactivité de la ratification. — 95. Système jurisprudentiel : application par analogie de l'article 1338 C. civ. — 96. Système de Labbé. — 97. Critique de ce système. — 98. Solution proposée par application de l'article 3 de la loi du 23 mars 1855 : nécessité de transcrire la ratification. Opposabilité de la mutation aux tiers à dater de cette transcription. — 99. Justification théorique de cette solution. — 100. Comment elle est susceptible d'aplanir toute difficulté dans l'ordre pratique. — 101. Réponse à la question posée à propos de la transcription.

94. — La détermination des effets de la ratification peut être faite, semble-t-il, par voie de simple référence aux principes

(1) PLANIOL et RIPERT, II, n° 3013.

qui ont été dégagés dans la théorie générale du contrat pour autrui.

Grâce à la collation des pouvoirs nécessaires, la représentation entreprise par le porte-fort peut engendrer toutes ses conséquences. Le contrat devient définitif. Tout le faisceau des obligations réciproques auxquelles il devait donner naissance est désormais formé. Et la ratification met en présence l'un de l'autre le vendeur (tiers représenté) et l'acquéreur (co-contratant), le porte-fort (représentant bénévole) ayant disparu de la scène.

Toutefois, il est un point où l'application des règles précédemment élaborées soulève un débat d'une indéniable importance. Nous avons admis, en effet, qu'en règle générale, la ratification était rétroactive et que cette rétroactivité, en l'absence d'un texte positif qui vint en restreindre les effets, jouait *erga omnes* (1). Un tel principe peut-il être accueilli, sans objection, en matière de vente ?

Il faut répondre : non, sans hésiter. Dans l'intervalle qui sépare, de la ratification, la vente conclue par le porte-fort, le propriétaire a pu valablement conférer des droits à des tiers sur l'immeuble dont le porte-fort avait déjà disposé. Il serait à la fois illogique et inique qu'à la faveur de la rétroactivité de la ratification, ces droits fussent effacés. Il est des intérêts légitimes qu'il faut protéger contre un tel risque. Seulement, la nécessité de ce résultat étant reconnue, reste à trouver le procédé technique qui permettra d'y satisfaire.

(1) V. *supra*, n° 49. Toutefois, même *inter partes*, la rétroactivité de la ratification ne saurait être invoquée, à notre avis, en ce qui concerne l'exercice de l'action en rescision pour lésion. Il ne paraît pas y avoir de jurisprudence en cette matière, mais il semble nécessaire d'étendre, pour raison d'analogie, la solution admise pour les ventes conditionnelles (PLANIOU, RIPERT et HAMEL, X, n° 242. — COLIN et CAPITANT, II, p. 451. — DEMOGUE, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1925, p. 113. — LAURENT, XXIV, n° 444. — Cass. req., 12 nov. 1928. D. H. 1928.576. La ratification parachève la vente consentie par le porte-fort, comme la réalisation de la condition déclenche l'intégralité des effets de la vente conditionnelle.

95. — Une première précision, qui exclut toute espèce de doute, doit être apportée : si étendue qu'on la conçoive, la rétroactivité ne saurait jouer à l'encontre des tiers visés par l'article 3 de la loi de 1855, qu'à partir de la transcription du contrat passé par le porte-fort. Cependant, même ramenée à ces limites, elle serait encore susceptible de porter atteinte aux droits des tiers. Comment éviter une telle conséquence ?

A l'intérieur du système de la jurisprudence qui applique à la ratification, aussi bien qu'à la confirmation, l'article 1338 C. civ., la tâche est extrêmement aisée. Ce texte, en effet, réserve explicitement le droit des tiers. Et quels sont ces tiers ? A coup sûr, ce ne sont pas les ayants cause de celui à qui profite la confirmation ou la ratification. Il s'agit des ayants cause de celui qui confirme ou qui ratifie (1). Par application de cette règle, celui à qui l'auteur de la ratification aurait conféré une hypothèque sur l'immeuble vendu par le porte-fort et qui aurait pris inscription depuis la transcription, ne verra pas s'évanouir son droit par l'effet de la rétroactivité de la ratification subséquente. Le procédé de l'interprétation extensive de l'article 1338 C. civ. révèle ici une incontestable utilité. Et nous avons noté précédemment que ce nous semblait une des principales raisons pour lesquelles la jurisprudence avait fait appel à l'article 1338, en matière de ratification (2).

96. — Lorsqu'au contraire, on élimine du débat la disposition légale, protectrice des intérêts des tiers (3) — et c'est la position que nous avons dû prendre — la justification de la

(1) Cf. PLANIOL et RIPERT, II, n° 1301.

(2) V. *supra*, n° 47.

(3) Cette élimination, sans réserves, de l'article 1338 C. civ. ne se conçoit, bien entendu, que si l'on admet, sans restrictions, la théorie du contrat virtuel, telle que nous l'avons proposée. Il faudra, au contraire, appliquer cette disposition légale purement et simplement (et non plus par voie d'extension analogique) dans le cas de la vente d'un bien pupillaire par un tuteur porte-fort si, contrairement à l'opinion que nous avons soutenue (v. *supra*, n° 38) on estime que le contrat ainsi conclu est annulable.

limitation des effets de la ratification doit être trouvée ailleurs.

Labbé, qui a consacré à la question une étude minutieuse, (1) a envisagé trois situations juridiques possibles :

a) ou bien le propriétaire, dans l'intervalle qui sépare la vente de la ratification, a déjà aliéné l'immeuble.

b) ou bien il l'a hypothéqué au profit d'une autre personne que celle qui a traité avec le porte-fort.

c) ou bien, dans ce même intervalle, une hypothèque légale est née sur cet immeuble du chef du propriétaire.

Voici le raisonnement présenté par Labbé à propos de ces trois cas :

a) En vendant, de son propre mouvement, et à un autre acquéreur, l'immeuble déjà aliéné par le porte-fort, le propriétaire « a anéanti la première vente » ; il a refusé de la ratifier et désavoué son gérant d'affaires. La ratification de la première vente est incompatible avec le maintien nécessaire de la seconde qui a été valablement consentie. (2)

b) En hypothéquant l'immeuble, déjà vendu par le porte-fort, le véritable propriétaire « confère un droit parfaitement-régulier et dispose de ce qui lui appartient réellement ». Il ne

Comme nous l'avons noté (v. *supra*, n° 43, p. 102, note 1), il ne s'agit plus alors, à proprement parler, de ratification, mais de *confirmation* et les problèmes qui vont être examinés ci-après ne se posent même pas.

(1) LABBÉ *op. cit.* n° 54 et s. — V. également PILON *op. cit.*, n° 220 et s. — CARREZ, *op. cit.*, p. 248 et s.

(2) Dans l'arrêt précité du 11 janvier 1928 (D. P. 1929.1.69. Cf. *supra*, n° 92, p. 196, note 1) la Chambre des requêtes semble s'être appropriée cette argumentation : « L'arrêt attaqué a déclaré à bon droit que les époux Leprou (véritables propriétaires) n'avaient pu, le 16 juillet 1923, valablement ratifier la vente par Leprou fils (gérant d'affaires) à Bourgogne, puisque déjà, ils avaient, à cette époque, fait sortir l'immeuble de leur patrimoine en consentant la vente à Charmasson, le 8 juin 1923. » Mais il ne convient pas, selon nous, de prendre ce motif au pied de la lettre : il y a lieu de remarquer en effet que la vente consentie par le gérant d'affaires n'avait pas été utilement transcrite (v. nos observations ci-dessus *ibid.*) et que, dans ces conditions, le droit de l'acquéreur qui avait traité directement avec les propriétaires et qui avait fait régulièrement transcrire son titre, était inattaquable.

doit donc pas jouir de la faculté de ratifier un acte antérieurement fait en son nom, de manière à détruire les droits qu'il a constitués.

c) En cas de survenance d'hypothèque légale ou judiciaire, au contraire, il n'y aurait pas obstacle à la ratification. (1) Dans les hypothèses précédentes, le propriétaire avait constitué « des droits inconciliables avec une ratification ». Il avait perdu son droit de ratifier, en tant que ce droit eut été une cause d'éviction pour son ayant-cause. S'agissant d'une hypothèque légale, il n'y a pas eu « renonciation au droit de ratifier ». « L'hypothèque légale saisit le patrimoine dans l'état où il est » et frappe donc l'immeuble aliéné par le porte-fort alors qu'une possibilité de ratifier le contrat de vente a déjà été créée.

Comme on le voit, sans la mise en œuvre d'aucun texte, Labbé parvenait quand même à défendre, contre une rétroactivité injustifiée, les droits que le propriétaire aurait *volontairement* conférés à des tiers sur l'immeuble vendu, avant la ratification. Le seul recours à la notion d'impossibilité de ratifier donnerait ainsi aux tiers un moyen de protection suffisant.

97. — Mais à notre avis, le raisonnement de Labbé n'est pas à l'abri de toute critique. Prenons le cas où le propriétaire vend l'immeuble déjà aliéné par le porte-fort. Il nous paraît excessif de dire qu'alors le propriétaire ne peut plus ratifier. Car les règles qui régissent l'opposabilité des mutations immobilières entrent en ligne de compte (2). Dans notre droit posi-

(1) LABBÉ, *op. cit.*, n° 59, fait cependant une réserve : il prévoit l'hypothèse où la ratification serait donnée « dans une pensée malveillante, sans l'espoir d'un profit réel, pour nuire au créancier que la loi favorise. Dans ce cas seulement, le créancier qui a reçu une hypothèque légale ou judiciaire a le droit d'attaquer la ratification et de la faire attaquer comme frauduleuse ».

(2) LABBÉ écrit à ce sujet (*op. cit.*, nos 55 et 56) : « Je n'ai jamais pu soumettre mon esprit à cette distinction des parties et des tiers appliquée à l'acquisition des droits réels. Un droit réel, par sa nature, existe ou n'existe pas à l'égard de tout le monde (cf. sur ce point GOUNOT, *op. cit.*, p. 424, qui voit dans cette relativité des effets des déclarations de volonté

tif actuel, un vendeur, bien qu'il ait investi un premier acquéreur de la propriété d'un bien, peut néanmoins transmettre cette propriété qu'il n'a plus à un second acquéreur, car si le second acquéreur transcrit avant le premier, c'est lui qui sera préféré. Si donc, l'on fait jouer la rétroactivité de la ratification, sans aucun correctif, le conflit entre les deux acquéreurs se règlera par la date des transcriptions respectives, et si l'acquéreur qui tient ses droits du porte fort a transcrit le premier, c'est lui qui pourra prétendre être propriétaire (à supposer, bien entendu, comme le fait d'ailleurs Labbé, que la ratification ne doive être transcrite). Il est vrai que l'incidence de la règle mentionnée

qui opèrent une mutation immobilière, une manifestation du caractère social du droit de propriété). Quand je ne puis opposer le droit que j'ai à certaines personnes déterminées, quand je perds tous droits sur la chose dès qu'elle passe aux mains des tiers, ai-je plus qu'une créance, ai-je plus qu'une action personnelle ? J'admets que cette distinction ne soit pas juridiquement impossible, au moins est-elle exceptionnelle, exorbitante. Elle déroge à ce principe de toutes les législations qu'on ne peut transmettre plus de droits qu'on en a. Elle doit, il me semble, être autorisée par la volonté formelle du législateur, et dans le silence de la loi, il faut appliquer la règle que nous venons de rappeler... » Sans doute, le système de l'opposabilité des transmissions de droits réels immobiliers, sous condition de publicité, ne laisse pas d'être critiquable, d'un point de vue rationnel, mais dans l'hypothèse particulière que nous examinons, il paraît bien qu'il y ait lieu de l'appliquer purement et simplement. Qu'un représentant sans pouvoirs vende, en se portant fort, le bien d'un tiers, puis, que ce tiers ratifie, la situation juridique créée par la ratification est exactement la même que si le tiers avait vendu. Lors donc qu'un conflit prend naissance entre l'acquéreur qui a traité directement avec le propriétaire et l'acquéreur qui tient ses droits d'un contrat de vente ratifié, il s'agit, en dernière analyse, de trancher le différend qui oppose deux acquéreurs successifs. Pour éliminer l'acquéreur qui fonde son droit sur le contrat ratifié, LABBÉ invoque cet argument que l'aliénation faite directement par le propriétaire a anéanti l'opération conclue par le gérant d'affaires. Mais ce raisonnement serait pareillement valable, en cas de deux aliénations successives, à l'encontre de la deuxième aliénation : en vendant une première fois, le propriétaire, pourrait-on dire, s'est privé du droit de procéder à une seconde vente. Or notre loi positive accorde la préférence à celui des deux acquéreurs qui a transcrit le premier.

plus haut est modifiée quand la seconde vente, seule efficace grâce à la priorité de la transcription, se trouve être le résultat d'une collusion frauduleuse entre le propriétaire et le second acquéreur (1). Mais, en l'espèce, comme la ratification est une déclaration de volonté unilatérale, l'intention frauduleuse ne se retrouvera pas nécessairement chez l'acquéreur qui a traité avec le porte-fort.

D'un autre côté, il paraît difficile d'admettre que le bénéficiaire d'une hypothèque légale, voie diminuer l'étendue de ses droits, par l'agissement d'un simple porte-fort. Si le transfert virtuel d'un immeuble a pu être opéré, par la seule volonté d'un représentant sans pouvoirs, il semble équitable de décider que la survenance d'un droit réel sur l'immeuble, même en l'absence d'un fait volontaire du propriétaire, fera obstacle à un transfert définitif.

98. — A notre avis, un moyen s'offre, en dehors de la disposition finale de l'article 1338 C. civ., d'empêcher cet anéantissement, par la ratification, des droits que le propriétaire aura pu conférer sur l'immeuble. Il est fourni par la loi du 23 mars 1855 elle-même.

Quels sont, en effet, les tiers que l'application de l'article 1338 a pour conséquence de protéger, en l'espèce ? Ceux-là même dont parle l'article 3 de la loi précitée, ceux « qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois ». Si donc l'on pose en principe que la ratification ne sera pas opposable aux tiers (et avec elle l'ensemble de l'opération conclue par le porte-fort et approuvée par le propriétaire), on aura du même coup assuré la sauvegarde d'intérêts légitimes.

Toute la question est donc de savoir si la ratification doit être transcrite pour que son opposabilité puisse être invoquée. Or, il nous paraît bien que cette exigence dérive des prescriptions mêmes de la loi.

(1) PLANIOL, RIPERT et PICARD, III, n° 654.

Dans un arrêt du 4 mars 1891 (1), la Cour de cassation semble avoir considéré que la transcription de la ratification n'était pas nécessaire. Mais la solution ne se présente pas avec une absolue netteté, car, en l'espèce, la *transcription même de l'acte ratifié* n'avait pas eu lieu (2). Peut-être ne faudrait-il donc pas s'exagérer l'importance d'une telle décision, si elle ne se raccordait au système que la Cour de cassation a adopté, et cette fois sans ambages, à propos de la publication de la ratification d'un acte constitutif d'hypothèque. Ainsi que nous le verrons (3), la Cour de cassation a admis que, sous le rapport de la publicité, la seule inscription prise en vertu du contrat passé par le porte-fort suffisait. Comme, par ailleurs, l'article 1338 est appliqué, la ratification commencera de porter effet à l'égard des tiers à compter du jour même où elle aura eu date certaine.

99. — Pour peu que l'on essaie d'entrer dans les raisons de la Cour de cassation, on s'aperçoit qu'une telle solution est commandée par d'incontestables nécessités logiques. Le raisonnement est admirablement lié, dès lors que l'on admet, comme le fait la jurisprudence, que la ratification obéit aux mêmes règles que la confirmation. On est bien forcé alors de reconnaître que pas plus que l'acte confirmatif, l'acte ratificatif n'a besoin d'être transcrit.

Mais c'est dans sa majeure même qu'un tel syllogisme nous semble pouvoir être attaqué. En étudiant la nature de la ratification, nous avons souligné les analogies profondes qui unissent la ratification et la confirmation, mais nous avons aussi marqué la différence essentielle : tandis que l'auteur d'une confirmation rectifie une déclaration de volonté, qu'il a faite lui-même, l'auteur d'une ratification confère le maximum d'efficacité à une

(1) Civ., 4 mars 1891. D. P. 91.1.313 ; S. 94.1.411.

(2) Ou plutôt, elle était postérieure à l'inscription prise par des créanciers hypothécaires auxquels l'acte ratifié était opposé.

(3) Cf. *infra*, n° 146, p. 276, note 1.

déclaration de volonté qui lui est *extérieure*, puisqu'elle a été faite pour lui et en son nom. Or, en matière de vente, cette distinction offre un indéniable intérêt : lorsqu'un mineur par exemple vend un immeuble, l'opération n'est certes pas inattaquable, mais l'acte contient déjà l'expression de la volonté propre que le propriétaire a manifestée d'aliéner. Un acquéreur ultérieur, renseigné par la transcription de la première aliénation, saura pertinemment que la situation n'est plus entière et que son droit de propriété ne prendra naissance qu'autant que la première vente aura été annulée. Au surplus, l'article 1^{er} § 1 de la loi de 1855 vise la transcription des actes *translatifs* de propriété. Et en l'espèce, la vente consentie par le mineur, toute irrégulière qu'elle puisse être, n'en est pas moins immédiatement translatrice de propriété.

La vente conclue par un porte-fort, au contraire, n'est, comme nous avons essayé de le démontrer, que virtuellement translatrice (1). Le personnalisme du droit de propriété, l'indépendance réciproque des individus dans le monde juridique s'opposent à ce qu'il en soit autrement. Sans doute, c'est la volonté même du représentant porte-fort qui est le principe générateur de la transmission. C'est le représentant qui forme le contrat de vente. Mais cette volonté du porte-fort ne devient réellement efficace, elle n'entraîne la mutation de valeurs qu'elle a en vue, qu'à la condition d'être vivifiée et complétée par la volonté corrélatrice du propriétaire. C'est la volonté du représenté qui, en définitive, *permet* le transfert *voulu* par le représentant. Dans cette mesure donc, et parce que c'est d'elle, en dernière analyse, que le déplacement de la propriété dépend, elle doit être publiée. Par le caractère définitif qu'elle imprime au transfert

(1) De toute évidence, le raisonnement qui va suivre se situe dans le cadre de la théorie du contrat virtuel, inopposable au tiers représenté, que nous avons exposée. Il sera incontestablement inopérant, en cas de vente d'un bien pupillaire par un tuteur porte-fort, si l'on considère comme annulable le contrat conclu. Dans ce cas, en effet, il faudra parler de confirmation (V. *supra*, n^o 43, p. 102, note 1) et les actes confirmatifs n'ont pas à être transcrits (PLANIOL, RIPERT et PICARD, III, n^o 642).

de propriété impliqué par la vente, la ratification se trouve faire partie des actes qui ont besoin d'être transcrits, pour que les mutations qu'ils engendrent soient opposables aux tiers (1).

100. — Remarquons, au surplus, combien une telle solution est de nature à aplanir les difficultés dans l'ordre pratique. Quand une personne acquiert du véritable propriétaire un immeuble déjà vendu par un porte-fort, elle est avertie de la première aliénation, si celle-ci a été transcrite. Adoptons ici le système de la jurisprudence d'après lequel la première vente porte effet à l'égard des tiers, à compter de la seule ratification, et supposons qu'au moment de la seconde vente, la ratification de la première ait déjà eu lieu. Le second acquéreur, celui qui a traité avec le véritable propriétaire, n'aura donc aucun droit. Il n'avait, dira-t-on, qu'à s'enquérir de l'existence de cette ratification possible. Soit, mais il convient d'observer qu'en l'absence de tout moyen d'investigation précis, il en est réduit à se fier aux dires de son vendeur. A quoi l'on répond que, pour avoir toute la certitude désirable, celui qui achète malgré la révélation d'une aliénation antérieure par un porte-fort, devra obtenir la comparution du premier acquéreur à son propre contrat (2). Il est facile alors de répliquer que ce n'est là qu'un procédé habile de praticien. Et si l'on veut élever le débat, il est aisé de faire remarquer que le législateur n'aurait assuré que d'une façon bien insuffisante la sécurité des transactions immobilières s'il avait mis, comme seule condition à l'opposabilité des mutations, la seule transcription d'actes de vente où figure un simple représentant sans pouvoirs.

(1) En ce sens : AUBRY et RAU, IV, § 343 *ter*, texte et note 4 *bis* et II, § 209, p. 432.

(2) Cf. LABBÉ, *op. cit.*, n° 75 : « Une vente a été consentie par un gérant spontané. La transcription de la vente vous fait savoir l'incertitude qui plane sur l'aliénation. Faites-vous justifier de la ratification ou d'un désaveu formel par celui qui se prétend propriétaire. Soyez attentif : vous ne serez pas trompé. La loi n'a pas besoin de venir à votre secours par la publicité » ; cf. également CARREZ, *op. cit.*, p. 261.

Si notre manière de voir est exacte, c'est donc la date de la transcription de la ratification qui permettra de régler les conflits possibles entre l'acquéreur et les ayants cause du vendeur qui ont acquis des droits postérieurement à la vente conclue par le porte-fort. Toutes les aliénations, toutes les hypothèques conventionnelles, toutes les hypothèques légales même seront maintenues, à condition qu'elles aient été réalisées ou qu'elles aient pris naissance avant cette transcription.

101. — Nous avons dès lors les éléments nécessaires pour résoudre la question, que nous avons dû réserver, de l'utilité de la transcription de la vente conclue par un porte-fort, tant que la ratification n'est pas acquise.

S'il s'agit de la vente d'un immeuble dont le porte-fort lui-même possède une quote-part, cette transcription sera opportune, pour les raisons mêmes que nous avons précédemment exposées.

Mais s'il s'agit de la vente d'un immeuble sur lequel le porte-fort n'a aucun droit, les formalités de publicité seraient, nous semble-t-il, prématurées, puisque l'opposabilité ne sera acquise à l'égard des tiers que lors de la transcription de la ratification elle-même.

CHAPITRE II

Du partage avec promesse de porte-fort.

102. Raisons qui ont déterminé l'emploi de la promesse de porte-fort dans le partage.

§ 1. — 1^{er} cas : *le porte-fort est une personne étrangère à l'indivision.*

103. Comment l'article 840 C. civ. vient ici limiter la liberté de l'interprète. — 104. L'article 840 C. civ. et les théoriciens de l'école exégétique : le caractère simplement « provisionnel » du partage serait une sanction originale attachée à la violation des formes prescrites, sans lien avec la théorie générale des nullités. — 105. Solution jurisprudentielle : le partage n'est provisionnel qu'à l'égard des personnes dont le statut juridique eût exigé l'emploi de formes prédéterminées ; il est définitif à l'égard de toutes les autres. Inconvénients graves de cette interprétation dans l'ordre pratique. — 106. Application du système jurisprudentiel au cas particulier d'un partage avec promesse de porte-fort. — 107. Discussion : appel à la notion de gestion d'affaires. — 108. Rejet de la théorie selon laquelle le partage avec promesse de porte-fort serait annulable. — 109. Solution proposée : le partage dont il s'agit comporte plus qu'une simple répartition des fruits. Il comporte une répartition virtuelle de la propriété.

§ 2. — 2^e cas : *le porte-fort est un copartageant.*

110. Comment le fait que le porte-fort est lui-même un copartageant a permis à la jurisprudence d'avoir recours à la notion de garantie pour maintenir le partage. — 111. Recherche du contenu exact et de l'origine de cette « garantie » que l'on invoque : elle ne procède aucunement de la promesse de porte-fort. — 112. Objection : nécessité de savoir s'il y a réellement partage, avant de recourir à la notion de garantie. — 113. Réponse à l'objection : le coindivisaire pour lequel les copartageants se sont réciproquement portés forts a été, en fait, représenté par lesdits copartageants qui se sont institués ses gérants d'affaires. — 114. Nouvelle objection tirée

de la nature de l'opération qui, pour chaque copartageant, est un « contrat avec soi-même ». Réfutation. Comment les deux cas successivement examinés sont identiques au fond.

102. — Comme dans la vente, et pour des raisons qui se laissent clairement apercevoir, la promesse de porte-fort devait trouver dans le partage, un terrain d'élection, une occasion de développement.

Le partage est, par sa nature même, un acte grave, et qui touche au fond même des droits qui s'y confrontent et s'y concurrencent. L'indivision avait, en le fractionnant, altéré le droit de propriété, absolu et exclusif dans son essence même. Par l'interposition d'une quote-part, devenue l'objet même du droit, elle avait brisé le rapport direct entre les personnes et les choses (1). Le partage vient, par la répartition, à titre privatif, de chacun des biens indivis, mettre une fin heureuse à cet état inorganique et défectueux. Mais, soit que, selon la conception romaine, on reconnaisse à cette opération un caractère translatif, en raison de l'échange qu'elle implique entre un droit assez indéfinissable sur une quote-part idéale, et un droit ferme, précis, aux contours bien arrêtés ; soit que, dans le cadre de notre droit positif, on lui attache un effet déclaratif qui entraîne l'abolissement de toute la période intermédiaire de l'indivision et qui, pour chaque attributaire, fixe rétroactivement le point de départ de sa propriété au jour où cette indivision a commencé, dans l'une et l'autre hypothèse, le droit de propriété lui-même est engagé, puisqu'il s'agit de déterminer le lieu précis où il pourra se fixer. D'autre part, le partage comporte l'application de règles de droit fort délicates.

On conçoit, dès lors, aisément que le législateur n'en ait abandonné la libre confection qu'aux personnes pleinement capables et qu'il ait imposé un certain nombre d'exigences de forme et de procédure, lorsque des mineurs, des interdits, ou des absents s'y trouvent intéressés. La complexité même du

(1) V. *supra*, n° 82.

partage, en même temps que sa gravité, imposaient une réglementation.

Malheureusement, il n'est pas douteux que le législateur n'a pas prescrit des mesures exactement appropriées au résultat cherché. L'organisation qu'il a établie est beaucoup trop minutieuse. La seule présence d'un incapable dans une indivision nécessite, pour la réalisation du partage, le déclenchement de tout un lourd appareil de formalités : expertise, vente aux enchères, tirage au sort.

Nous n'avons certes pas à refaire ici le procès, si souvent instruit (1), du partage judiciaire et à reprendre des critiques qui sont devenues un lieu commun. Il suffira à notre dessein de noter la vive et naturelle réaction des volontés autonomes contre un formalisme coûteux et encombrant. Pour avoir raison des restrictions légales, malhabilement protectrices d'intérêts légitimes, les praticiens ont eu recours à tous les moyens de fortune qui s'offraient à eux (2). Or, à côté de la transaction qui exige la mise en scène d'une contestation imaginaire, déferée aux tribunaux, la promesse de porte-fort est apparue comme un procédé extrêmement commode : le partage se fait sous forme amiable et une personne se porte fort que tel co-indivisaire, actuellement incapable de participer à l'opération, ratifiera l'acte, dès que cela lui sera juridiquement possible.

Une telle manière de faire a incontestablement pour elle la simplicité. Est-elle efficace ? Tel est le problème que nous avons à résoudre.

Il ne semble pas qu'une réponse unique puisse être donnée ; les situations juridiques se diversifient de telle manière que, dans cette matière, comme dans la vente, une distinction sim-

(1) V. notamment CAILLARD, *le partage judiciaire et les mineurs*. Thèse Toulouse, 1926.

(2) Sur les différents moyens employés pour éluder l'obligation du partage judiciaire : V. PLANIOL, RIPERT, MAURY et VIALLETON, IV, n° 510, CAILLARD, *op. cit.*, p. 87 et s.

pose. Les combinaisons possibles auxquelles donne lieu la promesse de porte-fort se répartissent en deux groupes d'hypothèses : ou bien cette promesse émane d'une personne étrangère à l'indivision, ou bien elle est l'œuvre d'un ou plusieurs co-partageants.

C'est à l'examen successif de ces deux cas qu'il nous faut nous attacher.

§ 1. — PREMIER CAS.

Le porte-fort est une personne étrangère à l'indivision.

103. — Voici le schéma sur lequel nous avons à raisonner : soit une masse indivise entre *A*, *B* et *C*. Ce dernier est mineur. *A* et *B* procèdent au partage avec *D*, lequel représente sans pouvoirs *C* et se porte fort de sa ratification.

Quelle est la valeur juridique d'un tel acte ? Il ne peut s'agir d'appliquer ici, purement et simplement, la solution d'ordre général à laquelle nous avait conduit l'étude du contrat pour autrui. En effet, tandis que, dans notre appréciation du contrat-type dégagé de tous les éléments spécifiques qui l'auraient individualisé, nous n'avons rencontré aucun texte qui vint limiter, ou tout au moins guider notre libre recherche, ici, au contraire, il nous faut nous référer à une disposition légale. L'article 840 C. civ. est ainsi conçu : « les partages faits conformément aux règles (ci-dessus) prescrites, soit par les tuteurs avec l'autorisation du Conseil de famille, soit par les mineurs émancipés, assistés de leurs curateurs, soit au nom des absents ou des non-présents, sont définitifs : ils ne sont que *provisionnels* si les règles prescrites n'ont pas été observées ».

« Défaut d'observation des règles prescrites » : telle est bien la caractéristique du partage dont nous venons de reproduire les données. L'article 840 C. civ. par la généralité de ses termes, s'applique dans notre cas particulier. Aussi importe-t-il d'en fixer très exactement la portée.

Ce n'est pas tâche aisée, car les controverses, sur ce point, ont créé quelque confusion (1).

104. — Selon une première théorie (2), l'article 840 C. civ., ne se reliait en aucune manière à la théorie générale des nullités. Dans le but d'imposer le respect des formes qui constituaient, à ses yeux, la sauvegarde nécessaire d'intérêts particulièrement dignes de protection, le législateur aurait dénié toute espèce de valeur et d'effet au partage — en tant qu'il pourrait porter sur la propriété elle-même. Il ne convient même pas de parler de nullité. Sans considération des intentions des parties, la nature même du partage serait transformée par le législateur. Etabli en vue de la division même du droit de propriété, il ne concernerait que la jouissance. Une telle déviation des effets réellement cherchés par les contractants serait la conséquence attachée par la loi à la violation des règles établies.

Aussi bien, cette explication est-elle celle que suggère la simple lecture du texte lui-même. Il n'est donc pas étonnant que les théoriciens de l'école exégétique l'aient proposée. Le commentaire de Demante et Colmet de Santerre (3) est particulièrement révélateur : prêtant généreusement aux contractants le respect infini qu'ils professaient eux-mêmes pour les dispositions légales, ils déclarent : « Il est naturel de présumer que toutes les parties ont voulu faire ce qui était permis, et n'ont voulu faire que cela ». On feint donc de croire que les contractants n'ont pas voulu, n'ont pas pu vouloir méconnaître les prescriptions légales, et ont entendu limiter leurs efforts au partage de la jouissance. On assiste, de la sorte, à une sorte d'altération du partage qui, destiné originairement à porter sur la propriété même des choses indivises n'aurait abouti à des résultats positifs que relativement à la jouissance.

(1) V. notamment pour toute cette discussion : PLANIOL, note s. Poltiers, 9 mars 1893. D. P. 95.2.121. — WAHL, note sous même arrêt. S. 1894.2.153.

(2) V. notamment LAURENT, X, nos 284 et s. — DURANTON, VII, n° 181.

(3) DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, III, n° 170 bis, I.

105. — Mais la jurisprudence (1) n'a pas admis une telle manière de voir. Elle a tenu compte de cette volonté évidente (2) des parties de créer du définitif quant à la propriété elle-même. C'est une nouvelle manifestation de cette tendance, déjà notée, de la jurisprudence à ne pas porter atteinte, dans la mesure du possible, aux situations juridiques issues de la libre activité des contractants. Par delà les textes, elle aperçoit les réalités qu'elle ne modifie qu'avec circonspection. Son système, sur le point qui nous occupe, est simple : provisionnel, le partage l'est, en dépit des intentions contraires des parties, mais il l'est seulement à l'égard des personnes dont le statut juridique eut exigé l'emploi de certaines formes, qui, en fait, n'ont pas été respectées. En revanche, à l'égard de tous ceux que la loi n'avait pas pour but de protéger, il est *définitif*. Et tandis que l'article 840, d'après l'explication exégétique, paraissait apporter à la violation certaine des règles légales, une sanction originale, douée d'un caractère spécifique qui la différenciât des catégories préétablies des nullités, un rapprochement s'est imposé, au contraire, à l'intérieur du système jurisprudentiel, entre ce même article 840 et l'article 1125 C. civ. : on voit poindre ici la notion de nullité relative.

Pleinement valable à l'égard des contractants dont la capacité est entière, le partage est *annulable* au regard de ceux qui ont été insuffisamment ou irrégulièrement représentés. Par un enchaînement nécessaire, on est arrivé à cette conclusion : le droit de critique que les seuls incapables peuvent élever contre le

(1) Req., 15 juillet 1868. D. P. 69.1.373. — Req., 12 janv. 1875. D.-P. 76.1.217 ; S. 75.1.117. — Civ., 5 déc. 1887. D. P. 88.1.241, note PONCET. S. 88.1.241, note MEYNIAL. — Req., 5 juill. 1892. D. P. 92.1.503 ; S. 93.1.449, note LABBÉ. — Poitiers, 9 mars 1893, précité. — Dans le même sens : la majorité de la doctrine et notamment : AUBRY et RAU, X, § 623. — BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, II, nos 2323 et s. — DEMOLOMBE, XV, n° 692.

(2) Il importe en effet que cette volonté ne soit pas douteuse. En ce sens : Chambéry, 9 févr. 1870. D. P. 70.2.188.

partage est susceptible d'être exercé dans un délai de 10 ans à compter de la cessation de l'incapacité (1).

On aperçoit, du même coup, la situation extrêmement désavantageuse qui se trouve faite aux co-partageants majeurs. Sous prétexte de respecter leur volonté d'aboutir à un partage en pleine propriété, on les abandonne à la plus fâcheuse incertitude, à la plus regrettable instabilité. Le sort d'une opération qui, en définitive est leur œuvre, est remis à la discrétion d'une personne, qui y est restée étrangère, et dont la décision peut se faire longtemps attendre (2). Lors même que son incapacité a pris fin, l'ex-incapable peut garder, relativement à l'acte, une attitude purement passive, et les indivisaires qui ont procédé au partage voient se prolonger une période pendant laquelle les biens attribués n'ont pas, malgré tout, de situation juridique bien définie. La solution jurisprudentielle, en apparence moins radicale que celle des théoriciens exégètes, se trouve être, en fait, beaucoup plus rigoureuse. Chacun des signataires du partage s'entend dire : *Hanc patere legem quam ipse fecisti*. Les inconvénients d'un tel système ont été maintes fois mis en relief (3). Aubry et Rau, dans le désir de satisfaire les exigences

(1) Toutefois, l'accord est loin d'être réalisé sur ce point entre les auteurs qui ont adopté le système jurisprudentiel : les uns (V. notamment WAHL, note précitée au S. 1894.2.153) considèrent en effet que l'action dont bénéficient les personnes visées par l'article 840 C. civ. est une véritable action en nullité, prescriptible par dix ans (art. 1304 C. civ.) mais les autres (V. notamment AUBRY et RAU, X, § 623, p. 168, texte et note 21) y voient une action en partage ordinaire, dont l'exercice n'est aucunement subordonné à l'annulation de l'acte d'attribution ; cf. sur cette controverse : PLANIOL, RIPERT, MAURY et VIALLETON, IV, n° 509.

(2) Sauf, bien entendu, la possibilité, pour un attributaire lésé, d'intenter immédiatement l'action en rescision. En ce sens : Civ., 2 juin 1897. D. P. 97.1.384.

(3) V. notamment les critiques d'ordre théorique et pratique formulées par MM. PLANIOL, RIPERT, MAURY et VIALLETON, IV, n° 509 (Ces auteurs d'ailleurs considèrent comme si graves les inconvénients du système jurisprudentiel qu'ils indiquent comme préférable la théorie selon laquelle le partage serait provisionnel à l'égard de tous) ; cf. également AUBRY et RAU, X, § 623, p. 167.

de la pratique, ont été jusqu'à accorder aux co-partageants majeurs, une action provocatoire, à l'encontre des non-présents au partage, de manière à contraindre ceux-ci à prendre parti (1).

106. — Quoi qu'il en soit, la jurisprudence a utilisé l'interprétation d'ordre général qu'elle a donnée de l'article 840 C. civ. pour résoudre le problème particulier que pose le partage avec porte-fort, réalisé dans les conditions précisées plus haut, et voici la conclusion à laquelle elle aboutit : le partage est affecté d'une simple nullité relative que seul peut invoquer le co-indivisaire absent pour lequel on s'est porté fort (2).

En raison donc de l'existence d'un texte spécial qui régit la matière, notre théorie du contrat virtuel semble être ici en défaut.

Nous disons « semble », car elle serait réellement en défaut si la solution jurisprudentielle était d'une indiscutable exactitude. Mais, sans qu'il y ait là manifestation quelconque d'un esprit de système, ni désir de concilier à tout prix les données positives avec une conception adoptée *a priori*, nous n'hésitons pas à douter du bien-fondé du système jurisprudentiel.

107. — Un point est hors de contestation : l'intention qu'ont les parties de ne pas faire un partage qui se limite à la jouis-

(1) AUBRY et RAU, X, § 623, p. 167, note 19. — *Contra* : PLANIOL, RIPERT et VIALLETON, *loc. cit.* — V. sur cette question des action interrogatoires : GARSONNET et CÉZAR-BRU, *Tr. th. et pr. de proc. civ. et com.*, I, n° 361, p. 542, texte et note 8.

(2) Trib. civ. Belfort, 22 févr. 1924. D. H. 1924.447. La terminologie de ce jugement est d'ailleurs des plus flottantes, on y lit d'abord « qu'en conformité de l'article 840 C. civ., les partages entre les majeurs et les mineurs ne sont que *provisionnels* » puis la notion d'annulabilité est invoquée : « l'annulation des actes passés en violation des règles prescrites par la loi... peut être demandée en vertu de l'article 1125 C. civ... C'est au mineur seul qu'il appartient d'attaquer, par l'action en nullité ou en rescision, suivant les cas, les actes passés irrégulièrement en son nom ». En l'espèce, l'action en nullité présentait cette caractéristique d'être intentée, au nom du mineur (cf. *supra*, n° 86).

sance des biens indivis. Et une application littérale de l'article 840 C. civ. méconnaît cette intention.

Mais, à notre avis, il y a un moyen bien simple de faire produire au partage des effets qui ne s'arrêtent pas à la répartition des fruits : c'est de le situer dans le cadre de la *gestion d'affaires*.

Reprenons les éléments de l'opération : *A* et *B*, co-indivisaires majeurs déterminent avec *D*, qui se porte fort pour *C*, la composition de la masse, procèdent à l'attribution des lots. Que fait *D*, alors, sinon s'instituer le gérant d'affaires et le représentant de *C*, dans les conditions qui ont été précédemment définies ?

Or, nous avons admis que jusqu'à ce que le tiers représenté eut été en mesure de ratifier, ni le gérant d'affaires, ni le co-contractant ne pouvaient détruire le rapport juridique créé (1). Par application de ce principe, nous sommes amené au résultat suivant : tant que le co-indivisaire pour lequel on s'est porté fort n'a pas fait connaître sa décision, aucun des co-partageants ne peut faire tomber l'acte (2). La jurisprudence a éprouvé, en quelque sorte instinctivement, la nécessité d'un maintien du partage, mais par besoin de se référer à des catégories juridiques bien connues, elle a fait appel à la notion d'*annulabilité*.

108. — Pure querelle de mots, pourra-t-on nous dire, puisque notre raisonnement paraît avoir exactement le même aboutissement pratique que celui de la jurisprudence : la consolidation du partage.

Un tel reproche serait justifié si nous devions nous contenter de substituer le mot « virtualité » au mot « annulabilité ». Mais la déduction logique des prémisses que nous avons posées révèle des différences, à notre avis, essentielles :

(1) V. *supra*, n° 34.

(2) Sous réserve toutefois de la limitation dans le temps de cette impossibilité d'agir où se trouvent les copartageants (V. *infra*, n° 108, p. 219, note 3).

1° Tout d'abord, après l'expiration du délai de 10 ans qui lui est imparti par l'article 1304 C. civ., le co-indivisaire, irrégulièrement représenté, ne sera plus admis à critiquer le partage, si celui-ci est annulable. Son abstention le fera co-partageant malgré lui. Par ailleurs, il ne conviendra plus de parler de ratification, si le tiers pour lequel on s'est porté fort s'approprie l'opération. Pour employer les mots selon leur vrai sens technique, il faudra parler de *confirmation*.

Si, au contraire, notre manière de voir est exacte, le co-indivisaire, pour lequel on s'est porté fort, reste étranger au partage, tant qu'il n'a pas donné son approbation. Il n'a pas à intenter une action pour faire tomber un partage où il n'a figuré que par l'intervention d'un représentant sans qualité, et qui s'est déroulé dans des conditions et suivant une procédure extra-légales. Tant qu'il n'a pas manifesté, de façon active et positive, sa volonté de s'approprier l'opération conclue pour son compte, il faut tenir cette dernière pour non avenue, pour *inopposable*. Une attitude passive ne saurait faire de lui un co-partageant à un titre quelconque. Et s'il apporte la signature promise, il s'agira bien alors de ratification. En conférant, *a posteriori*, les pouvoirs qui manquaient originairement à celui qui s'est institué son représentant, il rendra pleinement efficace la déclaration de volonté faite en son nom et pour son compte. Nous nous retrouvons là dans le cadre des développements que nous avons consacrés à la théorie générale du contrat pour autrui.

2° D'autre part, dans le système jurisprudentiel, les co-partageants sont dans la même situation incertaine que toute personne qui aurait, en fait, traité avec un incapable. Il leur faut attendre sa décision. Et nous avons signalé les critiques que s'était attirées une telle solution.

Dans le système du partage virtuel, au contraire, il semble bien que l'on puisse raisonner autrement. Ceux qui ont concouru au partage sont liés, avons-nous dit. Certes, mais cette limitation de leur liberté contractuelle ne dure que jusqu'au moment

où la ratification est possible. Si le co-indivisaire, pour lequel on s'est porté fort, ne s'approprie pas l'opération qui lui est offerte, les autres recouvrent tous leurs moyens d'action pour parvenir au partage. Aucune difficulté ne naîtra lorsqu'un délai aura été fixé pour la ratification, car sa seule expiration libèrera tous les co-indivisaires (1). Mais, alors même que cette précaution aurait été omise, il y aura lieu de mettre en œuvre les procédés techniques proposés plus haut (nouvelle convention pour fixer le délai, ou mise en demeure adressée au représentant) (2).

A partir du moment où la ratification aurait pu être acquise, chaque indivisaire sera en mesure d'intenter l'action en partage, Si on lui oppose que déjà un partage existe, simplement annulable, et qu'il faut attendre la décision du bénéficiaire de l'annulabilité, il sera en mesure de répondre : cette annulabilité, n'est qu'un mot, car celui à qui l'on veut reconnaître le droit de l'invoquer n'a pas figuré à l'acte, ni par lui-même, ni par un représentant valablement habilité. Grâce à la représentation bénévole qui avait été entreprise, le co-indivisaire, étranger à l'opération, eut pu y adhérer. S'il ne l'a pas fait, il a, du même coup, délié tous les co-partageants de l'obligation de maintenir et de respecter l'acte, jusqu'à ce que la ratification attendue fut possible (3).

(1) La fixation d'un délai dans lequel le coindivisaire irrégulièrement représenté aurait à faire connaître sa décision, conduirait au même résultat dans le système de l'annulabilité : la « confirmation » attendue jouerait alors le rôle d'une condition suspensive à laquelle les parties auraient entendu subordonner les résultats du partage.

(2) V. *supra*, n° 54.

(3) Enfin, une dernière et importante différence nous semble devoir être signalée : l'impossibilité d'agir où se trouvent réduits les copartageants dans l'attente de la décision du coindivisaire irrégulièrement représenté, ne saurait, à notre avis, se prolonger au delà de cinq ans. Car il faut sans doute faire intervenir dans le débat la disposition d'ordre public de l'article 815 C. civ. Dès lors que la notion d'annulabilité est repoussée, on ne peut plus prétendre que l'indivision a cessé effectivement (sous la seule réserve d'un anéantissement possible de l'opération par les

109. — Voici donc la réponse qui pourrait être proposée à la question posée dès l'abord : quelle est la valeur juridique du partage passé dans les conditions que nous avons précisées ?

A notre avis, ce partage comporte autre chose et plus qu'une répartition des fruits. Il comporte en effet une *répartition virtuelle de la propriété*.

Reprenons les données mêmes du problème, telles que nous les avons fournies : par sa déclaration de volonté *D*, qui s'est porté fort pour *C* (le co-indivisaire absent) a provoqué ce résultat qu'un partage de la propriété existe déjà en puissance. Et il suffira d'une simple approbation ultérieure du représenté pour que les opérations de répartition deviennent définitives entre *A*, *B* et *C*. Une situation juridique a donc été créée que les co-indivisaires, ayant concouru au partage, doivent respecter. Mais si celui pour lequel on s'est porté fort refuse ou néglige de s'approprier l'opération, grâce à cette liberté de détermination que la promesse de porte-fort elle-même indiquait comme étant absolue, alors le partage n'aura été que provisionnel.

Ainsi, semble-t-il, se trouve opérée la conciliation nécessaire entre la lettre même de l'article 840 et ce besoin de permanence, auquel la jurisprudence a donné satisfaction, sans employer un moyen technique approprié (1).

voies judiciaires). Et la convention passée entre les copartageants et le porte-fort nous paraît tomber sous le coup de la prohibition de l'article 845 C. civ., si elle a pour effet, pratiquement, de priver les indivisaires, pour une période supérieure à cinq ans, du droit d'obtenir une attribution ferme, par l'exercice de l'action en partage.

(1) Il ne faudrait pas, d'ailleurs, à notre sens, nourrir trop d'illusions sur l'efficacité *pratique* d'un partage avec promesse de porte-fort. L'incertitude qui pèse sur une opération menacée d'anéantissement est telle que les attributaires ne jouiront que d'un droit fragile et essentiellement limité. Si, comme il advient fréquemment, la masse indivise comprend des valeurs mobilières nominatives, les transferts ne pourront avoir lieu : les contentieux des sociétés refuseront toujours la délivrance de nouveaux certificats sur le vu d'un acte révélateur d'une situation juridique insuffisamment affermie. Lors même que les titres seraient au porteur, la simple prudence conseillera à chaque copartageant de ne

§ 2. — DEUXIÈME CAS.

Le porte-fort est un co-partageant.

110. — Il nous faut maintenant modifier le schéma sur lequel nous avons raisonné jusqu'à présent : le partage ne comprend plus de personnes étrangères à l'indivision. *A* et *B*, coindivisaires majeurs, procèdent seuls à la répartition de la totalité de la masse indivise, mais les opérations de composition et d'attribution des lots ont lieu comme si *C* (juridiquement incapable) participait effectivement au règlement. Un lot est réservé à *C* pour lequel *A* et *B* se portent réciproquement forts.

Quels effets de droit va engendrer une telle convention ? La jurisprudence, sur ce point encore, se caractérise par un souci visible de maintenir, en dépit des déficiences de l'acte, la situation juridique créée par les volontés autonomes. Elle s'est tout naturellement approprié les résultats de l'interprétation qui s'était peu à peu dégagée de l'article 840 C. civ. Même dans ce cas particulier, le partage conserve sa nature hybride : définitif à l'égard des copartageants majeurs, il est nul, ou plus exactement annulable à l'égard des incapables dont la présence eut exigé l'emploi de certaines formes et pour lesquels les parties majeures se sont contentées de se porter fort. Sa valeur est toujours affectée du même coefficient de relativité (1).

Un arrêt de la Cour de Besançon du 30 décembre 1891 (2) situe très exactement le débat dans la ligne de la théorie juris-

pas les négociers, car, en cas de non-ratification, la masse partageable devrait être reconstituée. Enfin, en ce qui concerne les immeubles, leur aliénation ne sera pas sans risques et aucun notaire, justement soucieux de sa responsabilité, ne consentira à prêter son concours à la réalisation d'une vente ou d'un échange auquel un attributaire voudrait procéder.

(1) Civ., 10 nov. 1862. D. P. 62.1.470 : « Cet acte (de partage) auquel toutes les parties ont voulu, autant qu'il était en elles, imprimer le caractère et assurer les effets d'un partage définitif... était obligatoire pour les majeurs, mais entaché d'une nullité relative à l'égard de la mineure. »

(2) D. P. 92.2.113.

prudentielle que nous avons exposée. Il ne fait d'abord que reprendre des moyens connus : « Attendu que les dames Perriguy et Perrot ont entendu faire entre elles un partage *définitif* et non un partage provisionnel. »

Mais tout aussitôt apparaît une argumentation nouvelle : « Attendu que cet acte (de partage), convention synallagmatique qui a fait cesser l'indivision, d'une façon définitive, entre les dames Perriguy et Perrot, a obligé les parties contractantes les unes envers les autres à la *garantie* des engagements qu'elles y ont réciproquement pris ; qu'il met par suite obstacle à l'exercice de toute action qui aurait pour résultat de les anéantir ; attendu que la dame Perrot ne pouvait donc introduire contre la dame Perriguy une demande en nouveau partage, cette demande devant avoir pour effet la destruction des dispositions dont elle devait personnellement *garantir* l'exécution. »

Et un arrêt plus récent de la Cour de Paris (1) a développé, sans y apporter peut-être un excès de clarté, le thème fourni par la Cour de Besançon : « Considérant que ce règlement (le partage) n'a, en ce qui la concerne (une démente pour laquelle on s'était porté fort), *aucune valeur légale* ; que, si elle était revenue à la santé, elle aurait pu en exiger le redressement et poursuivre une nouvelle liquidation, mais qu'elle aurait agi dans ce cas en vertu de l'article 1119 C. civ., interdisant la stipulation pour autrui ; que les époux Fauchon (ceux qui s'étaient portés forts) ne peuvent exercer aujourd'hui ce droit, car ils sont tenus à la *garantie* d'un règlement qui a été l'une des conditions du partage, *tant en vertu de l'article 1120 comme s'étant portés forts... qu'en vertu de l'article 884 C. civ.* »

111. — Ainsi donc, voici que se mêle au débat cette notion de garantie que nous avons précédemment rencontrée (2).

(1) Paris, 12 déc. 1905. *Rép. prat. Not. et Enreg.*, n° 14.882.

(2) V. *supra*, nos 58 et s.

Malheureusement, elle ne laisse pas d'être quelque peu énigmatique, et les raisons de sa mise en œuvre n'apparaissent pas avec une netteté parfaite.

La référence que la Cour de Paris a donnée à l'article 884 C. civ., ne peut, à notre avis, qu'engendrer une confusion, car le texte invoqué n'astreint les copartageants à la garantie réciproque qu'à raison « des troubles et évictions qui procèdent d'une cause antérieure au partage ». Or, il est bien évident qu'en l'espèce, l'éviction qui pourrait résulter, pour un copartageant, de la demande d'un autre copartageant, aurait sa source dans l'acte même d'attribution, dont la forme est irrégulière. La garantie dont il s'agit présentement ne saurait avoir qu'une origine conventionnelle : elle ne peut procéder que d'une clause particulière en vertu de laquelle les parties auraient entendu réciproquement s'assurer une possession paisible des biens attribués, quelle que fut la cause du trouble.

Ne procéderait-elle pas alors de la promesse de porte-fort elle-même ? L'arrêt de la Cour de Paris permet de le croire, mais le raisonnement n'y est même pas ébauché. Il semble qu'on puisse, sans de trop grandes chances d'erreur, le reconstituer ainsi : en se portant forts, en promettant la ratification du tiers absent, les copartageants se sont réciproquement engagés à ne rien faire qui put compromettre cette ratification. Si nous reprenons les données mêmes de la situation telles que nous les avons précédemment exposées : *A* ne pourrait pas intenter une action en partage, car il se verrait opposer par *B* la promesse qu'il a faite de rapporter l'engagement de *C* (le tiers). Et de même pour *B*. L'on assisterait de la sorte à une espèce d'intégration de la promesse de porte-fort dans l'acte de partage proprement dit. De pacte subsidiaire, elle deviendrait une des pierres angulaires de l'acte lui-même. Par la qualité même de celui dont elle émane, la promesse aurait pour effet de consolider davantage le partage. Aux raisons mises en avant dans la première hypothèse (volonté des parties d'aboutir à des résultats définitifs) d'autres viendraient s'ajouter, qui auraient

leur source dans la promesse de porte-fort, génératrice d'une obligation réciproque de garantie.

Toutefois, deux arrêts de la Cour de cassation, l'un de la Chambre civile du 13 février 1860 (1), l'autre de la Chambre des requêtes du 12 janvier 1875 (2) font naître un doute sur l'exactitude d'une telle argumentation, car ils comportent tous deux la mise en œuvre de la notion de garantie, à propos d'un partage passé dans des conditions irrégulières, *mais sans qu'une promesse de porte-fort eût été faite*.

On lit, dans l'arrêt de la Chambre civile : « Les contractants majeurs ont entendu faire un partage *définitif* et non provisionnel... entre eux cet acte a conservé toute sa forme et son efficacité, il a formé à leur égard un lien de droit, ils ne peuvent réciproquement en attaquer les décisions, obligés les uns envers les autres à la *garantie* des engagements... respectivement contractés, ils ne pouvaient exercer aucune action qui aurait eu pour résultat de les anéantir. L'exercice de l'action en nullité (du chef de l'interdit) a rencontré un obstacle dans la garantie à laquelle ils sont tenus. » Et l'arrêt de la Chambre des requêtes procède exactement de la même conception ; « En admettant qu'il (le partage) doive être réputé simplement provisionnel vis-à-vis de l'interdit, à raison de l'inobservation des formalités exigées par la loi, les copartageants étaient tenus l'un envers l'autre à la *garantie* des engagements qu'ils avaient respectivement contractés. »

Comme on le voit, bien que l'analyse des actes ne décèle pas la trace d'une promesse de porte-fort, la garantie n'en est pas moins efficacement invoquée à l'encontre de celui qui intente une action en partage. C'est donc que cette garantie existe indépendamment de la promesse de porte-fort.

112. — Quoi qu'il en soit, l'ingéniosité est évidemment ce qui

(1) D. P. 1860.1.131 ; S. 1860.1.785.

(2) D. P. 76.1.217.

fait le moins défaut à toute cette organisation de la défense de l'acte du partage. Mais si l'on entreprend d'éprouver sa solidité, on se heurte immédiatement à une question dont il est pour le moins surprenant qu'elle n'ait pas été soulevée : avant de savoir si les copartageants sont réciproquement tenus à la garantie, ne conviendrait-il pas au préalable de savoir s'il y a réellement un partage ?

Voici comment on pourrait présenter le raisonnement — on pourrait dire :

Une opération qui tend à la répartition des biens indivis exige, comme condition *sine qua non*, le concours de tous les coindivisaires. C'est le cas de faire application de l'article 1108 du C. civ. qui exige, pour la validité d'une convention, le consentement de la personne qui s'oblige. Comme l'a déclaré récemment encore la Cour de cassation, « la présence et le concours de tous les coindivisaires est une *condition substantielle* de la validité d'un partage ».

Or, des données mêmes du problème, tel qu'il a été posé, il résulte que *A* et *B seuls* ont procédé à un partage auquel *C* était intéressé. Ils se sont réciproquement portés forts pour lui, mais aucune personne étrangère à l'indivision n'a, comme dans l'hypothèse précédente, représenté spontanément le coindivisaire absent. Une des pièces maîtresses de la construction paraît donc manquer et le partage semble radicalement inexistant.

A quoi bon, dès lors, mettre en action une notion de garantie qui, de toute évidence, suppose un contrat déjà formé ? Elle ne saurait pas plus être de quelque secours ici qu'en matière de vente, s'il n'y a pas de vente.

Quelque pouvoir qu'on lui reconnaisse, le seul mot de garantie, d'une imprécision propice à toutes les subtilités, ne saurait suppléer par lui-même à l'absence des volontés nécessaires à la formation d'un contrat, pas plus qu'elle ne suffirait à couvrir une nullité absolue. Cela est si vrai que la Cour de cassation n'a pas vu dans la garantie stipulée un obstacle suffisant à l'annulation d'un partage où l'un des coindivisaires avait été

omis (1). D'un autre côté, la promesse de porte-fort (à supposer qu'on voie en elle le fait générateur de la garantie) ne saurait tenir lieu, quelque vertu qu'on lui accorde, du contrat lui-même, dont elle a pour but essentiel de provoquer le parachèvement.

L'existence même du contrat se trouve donc être le point crucial de la question. Ne conviendrait-il pas de la nier ?

113. — Une telle argumentation ne peut être réfutée, selon nous, qu'à la condition de faire appel, ici encore, à la notion de gestion d'affaires.

Si en effet l'on s'en tient aux apparences fournies par notre schéma, on déduit de la seule présence de *A* et de *B* à l'acte de partage, qu'un des éléments nécessaires fait défaut : il ne s'est pas rencontré — comme dans l'hypothèse précédente — un représentant bénévole qui prit en mains les intérêts de *C*.

Mais une analyse plus poussée révèle qu'en fait *C* n'a pas manqué d'être représenté. Le rôle de *A* et de *B* n'est pas simple : il se dédouble au contraire. Considérons le partage, tandis qu'il s'élabore : *A* et *B* réunissent tous les éléments de la masse, établissent les droits de chacun, et déterminent à qui ira la propriété privative de tel et tel bien. Mais, ce faisant, ils ne négligent pas *C*. Ils l'associent, bien qu'absent, aux opérations, ils lui font une attribution. Leur activité juridique déborde ainsi le cadre de leurs propres intérêts, elle englobe même les intérêts de

(1) Req., 11 mai 1914. S. 16.1.39. — Req., 21 mars 1922. D. P. 23.1.60 : « Attendu que le pourvoi reproche à l'arrêt attaqué d'avoir tenu le partage fait volontairement hors la présence d'un cohéritier, pour inexistant, même entre les parties présentes, majeures et maîtresses de leurs droits, et d'avoir repoussé l'*exception de garantie* opposée par les copartageants à Joseph Mazery, non présent au partage mais devenu depuis l'héritier pur et simple de sa mère copartageante (on retrouve ici le raisonnement analysé *supra*, nos 58 et s.) ; mais attendu que la présence et le concours de tous les indivisaires *étant une condition substantielle de la validité d'un partage*, l'exclusion de Joseph Mazery entraînait la nullité du partage entre toutes les parties. » Cf. PLANIOL, RIPERT, MAURY et VIALLETON, IV, n° 684. — BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, III, n° 3516.

C. Or, que font-ils alors, sinon *s'instituer les gérants d'affaires* de C qu'ils représentent ?

Si une telle manière de voir est exacte, et du moment que la représentation de C est assurée, la différence entre les deux schémas auxquels nous nous sommes successivement référé, est purement superficielle et les conclusions que nous avons proposées pour la première hypothèse sont valables pour la seconde.

114. — Mais une objection est possible : juridiquement, un tel dédoublement de la personnalité de A et de B est-il permis ? Dans une opération, comme le partage, où les intérêts des parties sont si manifestement antagonistes, appartient-il à une même personne d'agir pour elle et en même temps au nom d'une autre personne dont la représentation exigerait une indépendance parfaite ? C'est tout le problème du contrat avec soi-même qui se trouve ainsi évoqué.

Comme nous l'avons déjà fait à l'égard de questions controversées que nous avons rencontrées au cours de cette étude, nous nous contenterons de recueillir les résultats communément acceptés (1).

Un premier point est certain : « Le contrat avec soi-même n'a fait l'objet d'aucune réglementation d'ensemble permissive ou prohibitive dans notre droit français (2). »

D'autre part, le cumul de qualités opposées, chez une même personne, ne se heurte à aucune impossibilité rationnelle. « L'idée du contrat avec soi-même est un prolongement, extrême à la vérité, mais logique, de l'idée de représentation. C'est celle-ci qui déroge au principe de la personnalité des engagements contractuels, en substituant, pour leur formation, la volonté du représentant à celle du représenté (2). »

Le seul obstacle que rencontre l'extension du contrat avec

(1) Sur cette question du contrat avec soi-même ; cf. PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, nos 68 et s. (et la bibliographie citée) ; cf. également PILON, *op. cit.*, nos 116 et s.

(2) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *loc. cit.*

soi-même, c'est la possibilité que ce procédé implique d'un sacrifice des intérêts du représenté aux intérêts du représentant. La loi a entendu protéger contre lui-même le représentant qui aurait trop facilement cédé à des tentations multipliées, et le représentant légal d'un incapable rencontre tout un réseau de prohibitions (notamment l'article 1596 C. civ.) qui lui interdisent le contrat avec lui-même. Et cette notation prend, sur le point particulier qui nous occupe, une importance primordiale, si l'on songe que, la plupart du temps, la promesse de porte-fort, dans un partage, émane d'un tuteur, intéressé lui-même à l'opération.

Mais, en l'espèce, le danger particulier que peut présenter le contrat avec soi-même n'existe pas : il nous suffira de nous référer à ce que nous avons dit à propos de la liberté de détermination du tiers, dont la ratification a été promise (1). Dans le cas qui nous occupe, *C*, le co-indivisaire absent, pourra, s'il le juge bon, refuser d'approuver le partage. S'il lui apparaît que son attribution ne correspond pas à ses droits, et que *A* et *B* ont pris un soin trop exclusif de leur intérêt personnel, il pourra librement déclarer qu'il n'accepte pas le règlement fait en son nom. Si la représentation n'aboutit pas à des résultats jugés équitables, le représenté ne la validera pas par une collation de pouvoirs subséquente.

De là vient que le partage fait dans les conditions que nous avons dites existe réellement, et sa valeur juridique se trouve être celle qui avait été reconnue dans l'examen de la première hypothèse (2).

(1) Cf. *supra*, nos 6 et 57.

(2) La seule différence qui soit à souligner entre les deux cas successivement examinés consiste en ceci que la promesse de porte-fort ne peut jamais provoquer le paiement d'indemnités, lorsque les co-partageants se la donnent les uns au bénéfice des autres : dans cette hypothèse, en effet, les engagements indemnitaires se neutralisent par leur réciprocité. — Sur ce dernier point voir les explications fournies *infra*, nos 140 et s., à propos des partages d'ascendant.

II

LES CONTRATS DE TYPE SOLENNEL

CHAPITRE PREMIER

Du contrat de mariage avec promesse de porte-fort.

115. Persistance, pendant la première moitié du xix^e siècle, d'une pratique de l'ancien droit qui avait multiplié les interventions simples porte-forts dans les contrats de mariage : échec inévitable de cette rébellion des habitudes contre le formalisme du C. civ. en cette matière. — 116. Inexistence du contrat de mariage conclu par un porte-fort. — 117. Impossibilité d'une ratification, au sens technique du mot, même après la dissolution du mariage. Conclusions à tirer de cette étude en vue de la vérification de la théorie, précédemment proposée, du contrat pour autrui.

115. — L'emploi de la promesse de porte-fort dans un contrat de mariage a les apparences d'un paradoxe. Le législateur, en effet, a minutieusement prévu les formes de l'acte qui constitue, dans l'ordre des intérêts pécuniaires, la charte de l'association conjugale, et la nécessité de la présence des époux ne saurait être aucunement contestée. Lorsqu'un mandataire est, malgré tout, nécessaire, la procuration dont il est porteur doit

être spéciale et authentique (1). Par ailleurs, l'article 1398 C. civ. a fait disparaître l'obstacle qui pourrait provenir de l'état de minorité d'un futur conjoint. Selon l'adage : « *Habilis ad nuptias, Habilis ad pacta nuptialia*, » et grâce à une disposition exceptionnelle de la loi, le mineur bénéficie d'une sorte de reconnaissance anticipée de capacité juridique, puisqu'il coopère directement, en son nom, à la formation du contrat. Il a simplement besoin de l'assistance des personnes dont le consentement est nécessaire pour le mariage lui-même.

Dans ces conditions et en raison de ces facilités, l'intervention d'un simple porte-fort ne se conçoit guère. Pourquoi les parties concluraient-elles un contrat précaire, soumis à l'aléa d'une ratification subséquente (2), alors qu'elles ont à leur portée les moyens d'établir, d'ores et déjà, un contrat définitif et inattaquable ?

Et pourtant, il n'y a pas dans notre sujet, une matière où les décisions de jurisprudence soient plus abondantes (3). L'explication d'une telle anomalie doit être recherchée dans l'his-

(1) PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 40. — AUBRY et RAU, VII, § 502, p. 477. — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 81.

(2) A supposer même qu'une ratification, au sens technique du mot, soit possible, cf. *infra*, n° 117.

(3) Civ., 29 mai 1854. D. P. 54.1.207 ; S. 54.1.437. — Civ. 9 janv. 1855. D. P. 55.1.28 ; S. 55.1.125. — Civ., 6 avr. 1858. D. P. 58.1.224 ; S. 59.1.17. — Civ., 10 avr. 1866. D. P. 66.1.350 ; S. 66.1.190. — Civ., 6 nov. 1895. D. P. 97.1.27, note SARRUT ; S. 96.1.5, note LYON-CAEN. — Nîmes, 29 déc. 1841. D. P. 42.2.219 ; S. 49.2.129. — Toulouse, 15 juin 1844. D. P. 45.4.101 ; S., *ibid.* — Nîmes, 9 mars 1846. D. P. 49.2.83 ; S., *ibid.* — Limoges, 21 mars 1846. D. P. 47.2.30 ; S., *ibid.* — Nîmes, 3 mai 1847. D. P. 49.2.83 ; S., *ibid.* — Montpellier, 3 juillet 1847. D. P. 47.2.144 ; S., *ibid.* — Nîmes, 8 janv. 1850. D. P. 50.2.88 ; S. 50.2.91. — Toulouse, 11 juin 1850. D. P. 52.2.142 ; S. 50.2.505. — Grenoble, 7 juin 1851. D. P. 53.2.122 ; S. 51.2.613. — Nîmes, 6 août 1851. D. P. 53.2.123 ; S., *ibid.* — Toulouse, 5 mars 1852. D. P. 53.2.123 ; S. 52.2.257. — Toulouse, 20 juill. 1852. D. P. 53.2.124 ; S. 52.2.451. — Toulouse, 19 janv. 1853. D. P. 53.2.244 ; S. 54.2.33. — Pau, 1^{er} mars 1853. D. P. 53.2.124 ; S., *ibid.* — Montpellier, 9 déc. 1853. D. P. 1855.2.112 ; S., *ibid.* — Nîmes, 12 nov. 1863. S. 63.2.251.

toire. En dépit des réglementations précises du Code civil, l'habitude ancienne, venue des pays de droit écrit, s'est longtemps maintenue d'écarter les futurs époux ou l'un d'entre eux, de ces discussions où l'on évoque et où l'on tranche « la question d'argent ». Pont donne une explication qui en elle-même est un curieux trait de mœurs : « La jeune fille, dit-il, était retenue chez elle par un sentiment de pudeur (1). »

Quoi qu'il en soit, les parents établissaient et signaient le contrat de mariage, en se portant forts de la ratification du ou des futurs époux, selon les cas. Et cette ratification, dans l'intention des parties, devait prendre les formes les plus simples, car elle consistait généralement dans la célébration même du mariage (2).

Certains tribunaux et même certaines Cours d'appel du Midi, sous l'influence persistante des traditions de l'ancien droit, se montrèrent favorables à une telle manière de procéder (3). Mais, dès le principe, la Cour de cassation devait la condamner sans ambages, et par la suite, elle a confirmé sa doctrine avec une continuité remarquable.

Aujourd'hui, ce conflit curieux entre une pratique, forte de sa seule ancienneté, et certaines dispositions impératives du Code civil de 1804 n'est rien de plus qu'un souvenir. Dans cette lutte inégale, le nouveau droit écrit avait trop d'avantages pour ne pas s'assurer un succès définitif (4). Il semble que ce soit en

(1) PONT, *Rev. crit. de lég. et de jurispr.*, 1852, p. 7. Sous une forme un peu lourde, on retrouve la notation charmante du poème homérique (*Odyssée*, VI, vers 66 et 67. Trad. Victor BÉRARD, I, p. 170) : « Elle (Nausicaa) ne parlait pas des fêtes de ses noces. Le seul mot l'aurait fait rougir devant son père ».

(2) V. notamment Civ., 9 janv. 1855. — Nîmes, 8 janv. 1850. — Nîmes, 12 nov. 1863, précités. Dans une espèce particulière (Nîmes, 9 mars 1846, précité) il semble que les parties aient vu une ratification dans la simple publication des bans.

(3) V. notamment Toulouse, 11 juin 1850, précité : « Aucun texte ne s'oppose à ce que l'article 1120 C. civ. reçoive son application en matière de contrat de mariage. »

(4) En commentant cette facile victoire du Code civil, TROPLONG

1895 que pour la dernière fois la Cour de cassation ait lieu à connaître d'un contrat de mariage assorti d'une promesse de porte-fort (1). La controverse n'offre donc qu'un intérêt purement rétrospectif.

Elle nous a paru cependant mériter une étude particulière, parce qu'elle permet de mesurer la force créatrice de la volonté d'un simple porte-fort qui entend conclure un contrat régi par un formalisme étroit. C'est de ce point de vue qu'il convient d'examiner la jurisprudence.

116. — Un premier résultat est en dehors de toute discussion : le contrat de mariage conclu dans les conditions ci-dessus précisées, n'est pas valable. Mais comment caractériser exactement cette absence de validité ?

La terminologie de l'arrêt de 1895, auquel il a déjà été fait allusion, est assez flottante. Il y est d'abord affirmé que le contrat est entaché « d'une nullité radicale et d'ordre public », puis, que « n'ayant jamais eu un commencement d'existence, il n'était pas susceptible de ratification ultérieure » (2). Ces deux propositions ne s'harmonisent pas parfaitement : un acte peut être radicalement nul, il n'en existe pas moins. La négation d'un commencement d'existence appelle inéluctablement le qualificatif d'« inexistant ».

Et, en définitive, c'est bien à ce concept d'inexistence qu'il

(*Contrat de mariage*, I, n° 194, cité par PONT, *loc. cit.*) adresse aux récalcitrants éventuels cette admonestation caractéristique : « Ceci doit servir de leçon dans les localités encore asservies à l'usage dont je parle. Il est bon de respecter la pudeur, même avec exagération. Mais il faut aussi respecter les lois écrites avec une entière soumission ».

(1) Civ., 6 nov. 1895, précité.

(2) M. SARRUT, dans sa note précitée au D. 1897.1.27 parle « d'inélegance de rédaction » et trouve les expressions de l'arrêt « équivoques et impropres ». La confusion terminologique, ainsi critiquée, paraît d'ailleurs remonter à un arrêt précité de la Ch. civ. du 6 avril 1858 où il est affirmé « que l'absence de la future au contrat constitue une *nullité d'ordre public* qui enlève au prétendu contrat de mariage son existence légale ».

est rationnel de se rallier, semble-t-il (1). La solennité du contrat s'impose ici avec force : ce sont les futurs époux eux-mêmes qui doivent établir les bases sur lesquelles se régleront leurs intérêts pécuniaires. S'ils ne peuvent signer l'acte en personne, ils ont la faculté de recourir à un mandataire. Mais, comme nous l'avons déjà noté, ce mandataire doit être muni d'un pouvoir authentique et spécial, où toutes les dispositions du contrat auront été précisées. En l'absence de cette condition nécessaire, la déclaration de volonté du représentant est démunie de toute puissance créatrice : elle ne peut donner naissance à un contrat. S'il n'est pas porteur d'instructions détaillées, coulées dans la forme prescrite, toute son activité se réduit à un pur néant. Lors donc qu'un simple porte-fort, conclut spontanément, au nom d'un futur époux, un contrat de mariage, il ne peut, faute d'une habilitation préalable et obéissant à une indispensable solennité, aboutir au résultat visé. Juridiquement, sa manifestation de volonté n'existe pas, puisque, pour parvenir à l'être, il lui faudrait le principe animateur de la volonté antérieure de l'intéressé (et encore le formalisme requis ne devrait-il souffrir aucune atteinte). C'est dire que, faute de consentement, il n'y a pas de contrat.

La théorie générale du contrat virtuel passé par un représentant porte-fort reçoit ainsi de la réglementation restrictive d'une matière particulière, un premier démenti.

117. — Dès lors qu'il s'agit d'inexistence, on aurait lieu de penser qu'il est à peine besoin de noter l'impossibilité d'une ratification. (2) Selon l'analyse que nous avons tentée, la ratifi-

(1) En ce sens, notamment : AUBRY et RAU, VII, § 502, p. 477.

(2) Il ne peut pas s'agir davantage, bien entendu, d'une extinction d'action en nullité par voie de prescription, soit décennale (art. 1304 C. civ.), soit trentenaire (art. 2262). L'arrêt précité de la Ch. civ., du 6 nov. 1895 déclare que « la seule prescription à opposer, au cas d'absence d'acte, par le défaut d'existence légale est la prescription de trente ans ». Mais M. LYON-CAEN dans sa note précitée, fait remarquer à cet égard que, prise au pied de la lettre, la formule de l'arrêt, constituerait

cation est le simple parachèvement d'un contrat qui n'est pas encore définitif. Or, en l'espèce, aucun contrat n'a été formé.

Néanmoins, contre toute attente, on a soutenu, et la Cour de cassation a paru admettre qu'une ratification pouvait intervenir. A cet égard, il faut envisager successivement trois périodes : 1^o celle qui précède le mariage ; 2^o celle qui se confond avec la durée de l'association conjugale ; 3^o celle qui commence au moment précis où cette association prend fin.

1^o *Jusqu'au mariage*, a-t-on dit, le futur époux pour lequel on se porte fort pourrait ratifier. Mais on a posé des exigences particulières : il faudrait que l'acte d'approbation fut passé en forme authentique et qu'en outre fut obtenue la présence simultanée de toutes les personnes ayant concouru au contrat ratifié (1).

Ces exigences dont M. Lyon-Caen (2) a noté qu'elles étaient de nature « a étonner dès l'abord », nous semblent absolument incompatibles avec la notion même de ratification, acte unilatéral par lequel un tiers représenté s'approprie une opération conclue en son nom et pour son compte. En dernière analyse, n'y aurait-il pas là une simple impropriété de terminologie ? Affirmer qu'un acte radicalement nul (selon nous, inexistant) peut être ratifié mais imposer, comme une condition indispensable à cette ratification, la participation de toutes les personnes qui avaient conclu le contrat qu'il s'agit de consolider, c'est en réalité reconnaître la nécessité de refaire le contrat en question, c'est aussi écarter le concept de ratification. Le premier contrat n'ayant pas pris naissance, on accorde pratiquement aux par-

une *erreur caractérisée*. « Ce qui est frappé par la prescription, écrit-il, ce n'est pas l'action en déclaration d'inexistence de l'acte, mais les actions personnelles ou réelles qui peuvent être intentées à raison de cette inexistence. » De même, M. SARRUT, *loc. cit.*, indique la nécessité de distinguer « entre l'action en déclaration d'inexistence d'un acte et l'action qui tend à modifier une situation de fait établie sur les bases de cet acte inexistant. La première est imprescriptible, la deuxième est prescrite après trente ans ».

(1) En ce sens notamment : AUBRY et RAU, VII, § 502, p. 479.

(2) Note précitée.

ties, sous le nom de ratification, le droit d'en faire un second. Mais indiscutablement, le mot même de ratification a été ainsi dépouillé de son sens habituel.

2^o Que, pendant la durée même de l'association conjugale, aucune ratification ne soit possible, même en satisfaisant aux conditions qui viennent d'être précisées, l'accord, sur ce point, est unanime. Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales commande cette solution. Si le contrat de mariage est inexistant, les époux se trouvent soumis, selon le droit commun, au régime de la communauté légale. Il ne saurait donc dépendre d'eux de modifier ultérieurement leur statut.

3^o Lors du règlement des comptes qui suit la fin de l'association conjugale, il est arrivé que les époux ou leurs héritiers, adoptent pour base de leurs conventions le contrat qui était revêtu de la signature d'un simple porte-fort. Ne s'agirait-il pas alors d'une ratification ?

Un jugement du tribunal de Gaillac du 8 août 1860, confirmé par un arrêt de la Cour de Toulouse du 23 décembre 1861 (1) l'avait admis, on y lit notamment que « l'exécution libre et volontaire » d'un acte que les parties savaient être nul « constituait une ratification ».

La Cour de cassation, saisie d'un pourvoi, s'est contentée de déclarer inattaquable le règlement qui avait eu lieu (2). Et cette dernière solution apparaît juridiquement irréprochable. Maitresses de leurs droits, les parties peuvent procéder à leur règlement, de la manière qui leur plaît, en considérant comme pleinement valable un contrat dont elles connaissent les vices (3). Seule, leur ignorance des imperfections de l'acte auquel elles se réfèrent pourrait faire naître une difficulté. Mais en dehors de cette hypothèse, rien ne les empêche d'attribuer une efficacité

(1) Ces jugement et arrêt sont rapportés au D. P. 66.1.350 s. Civ., 10 avr. 1866.

(2) Civ., 10 avr. 1866, précité.

(3) En ce sens, notamment : PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n^o 94.

artificielle à un contrat qu'elles savent dénué du moindre germe de validité.

S'ensuit-il qu'il y ait, selon l'acception technique du mot, une ratification ? C'est à notre avis, ce que l'on ne saurait admettre. Le pseudo-contrat a connu une sorte de vie fictive, mais il n'a pas reçu juridiquement la validation qui ne pouvait pas lui advenir, puisque, simple fait lui-même, il était dépourvu *en tant que contrat*, de toute existence juridique (1).

Il serait inutile à notre dessein de poursuivre l'examen des problèmes qu'a pu susciter l'emploi de la promesse de porte-fort dans les contrats de mariage. Le but, primitivement visé, nous semble atteint. Il importait de déterminer l'efficacité de l'agissement d'un simple représentant porte-fort qui entreprend de conclure un contrat où un mandataire intervenant doit produire une volonté revêtue de formes habilitantes minutieusement réglées. La réponse que fournit l'observation des faits sur ce point particulier est péremptoire : cette efficacité est exactement égale à rien. Le contrat établi est dépourvu de toute valeur juridique et il n'est susceptible d'aucune ratification, si l'on donne à ce mot le sens que nous avons précédemment essayé de dégager.

(1) En ce sens : BARTIN sur AUBRY et RAU, VII, § 502, note 30 *in fine*. Cpr. § 503 *bis*, note 3 *ter*. Un arrêt de la Cour de Nîmes (6 août 1851. D. P. 53.2.123) contient, à cet égard, une doctrine qui ne laisse pas d'être assez singulière : « La nullité cesse d'être d'ordre public, y est-il dit, à l'époque de la dissolution du mariage, en ce sens que les intéressés peuvent y renoncer, les motifs qui rendaient les époux inhabiles ayant cessé. »

CHAPITRE II

Des donations et notamment des partages d'ascendant avec promesse de porte-fort

118. Multiplicité des obstacles qui s'opposent à l'intervention d'un porte-fort dans les donations. — 119. Double impossibilité, juridique et psychologique de se porter fort pour un donateur : a) un simple porte-fort est nécessairement démuné du pouvoir, en forme régulière, qui est exigé pour passer le contrat ; b) il ne lui appartient pas de créer *ex nihilo* un *animus donandi* qui constitue la cause de la donation, et qui, même en cas de représentation conventionnelle, reste essentiellement personnel au donateur représenté. — 120. Inversement, impossibilité pour un porte-fort d'accepter une donation, en raison du formalisme qui régit le contrat. — 121. Correctifs que la jurisprudence impose à ces déductions *a priori*. Emploi de la promesse de porte-fort dans les partages d'ascendant : dans quels cas et pour quelles causes.

118. — Comme le contrat de mariage, la donation, au moins dans le cadre étroit que lui a assigné le législateur de 1804, se caractérise par un formalisme rigoureux. Il semble donc à première vue que l'intervention d'un porte-fort dans une donation soit condamnée à la même inefficacité que dans le contrat de mariage. La spontanéité de l'agissement du porte-fort qui implique l'abandon nécessaire de procédés techniques minutieusement déterminés et impérativement proposés en vue d'un but à atteindre, révèle, dans l'une et l'autre hypothèse, la même incompatibilité avec la solennité essentielle au contrat.

Il semble même que, dans cette matière particulière des dispositions à titre gratuit, les obstacles se dressent plus nombreux.

119. — I. S'agit-il de se porter fort pour un donateur ? Une telle manière d'opérer se heurte à une double impossibilité, juridique et psychologique.

A) Une personne ne peut valablement représenter le donateur que si les pouvoirs d'agir lui ont été, au préalable, conférés par un acte notarié, signé en présence de témoins (1). Rien de plus explicable d'ailleurs qu'une telle exigence (2) : tout cet appareil de formes qui entoure la donation a été imaginé et organisé pour protéger contre des entraînements irréfléchis ou des pressions indiscrètes la volonté du donateur et l'on ne comprendrait pas que l'auteur d'une libéralité entre vifs put charger un intermédiaire de réaliser la donation sans se plier aux règles de forme qui régissent l'acte lui-même. Il n'en reste pas moins que cette nécessité d'un pouvoir authentique antérieur à l'acte, interdit une représentation bénévole, avec adjonction d'une simple promesse de porte-fort.

B) D'autre part, la volonté du donateur, considérée en elle-même, et abstraction faite des formes où elle doit se couler, est un complexe d'une telle nature qu'une représentation bénévole ne peut guère se concevoir. Pour les actes juridiques en général, la volonté de faire telle ou telle opération n'est envisagée que dans sa phase réalisatrice; on la détache de tout le processus psychologique dont elle procède. La qualité des motifs inspirateurs n'entre pas en ligne de compte, du moins en principe (3). Il s'agit de savoir si cette volonté n'est pas affectée d'un des vices qui sont susceptibles d'en paralyser l'effet. Dans la dona-

(1) PLANIOL, RIPERT et TRASBOT, V, n° 349. — AUBRY et RAU, X, § 659, p. 573, texte et note 5. — COLIN et CAPITANT, III, p. 762. — JOSSE-RAND, III, n° 1302.

(2) V. cependant les critiques formulées par MM. PLANIOL, RIPERT et TRASBOT (V. n° 342) en ce qui concerne le principe même de la solennité des donations.

(3) Il faut en effet réserver les cas où ces motifs inspirateurs pénètrent dans le cercle contractuel et peuvent provoquer l'anéantissement de la convention pour *cause illicite*. V. notamment sur ce point : RIPERT, *De la règle morale dans les obligations*, nos 33 et s.

tion au contraire, la volonté qui tend à l'enrichissement gratuit d'un bénéficiaire ne saurait être séparée de l'élément intentionnel qui l'anime et qui lui donne son sens. Sans rouvrir l'ample débat qui s'est institué autour de la cause dans les donations, on ne peut pas ne pas noter que, selon la jurisprudence, la volonté abstraite de donner ne constitue pas une base suffisante pour l'acte de donation et que le motif déterminant est pris en considération (1). Or, cet *animus donandi*, ce dessein d'accroître, sans contre-partie, le patrimoine d'autrui, est un élément essentiellement personnel au donateur. Lors même qu'un pouvoir régulier a été donné, la représentation ne joue, à notre avis, que dans la mesure où la déclaration de volonté du représentant est nécessaire pour réaliser pratiquement la donation et déterminer la mutation de valeurs que cette dernière engendre. Cette déclaration de volonté ne va pas au delà : la substitution de volitions, en laquelle s'analyse la représentation, n'est que partielle ; elle ne joue que dans la mesure qui vient d'être précisée. Mais c'est à la volonté initiale du représenté qu'il faudra remonter pour trouver la cause même de la donation. A supposer donc que le porte-fort n'ait pas à subir les exigences du formalisme, sa déclaration de volonté est insuffisante pour que la donation puisse avoir lieu, l'initiative d'un représentant spontané ne pouvant pas aller jusqu'à créer *ex nihilo* un *animus donandi* qui ne peut se rencontrer que chez le donateur lui-même.

Une impossibilité d'ordre psychologique est venue ainsi renforcer la contrainte qu'un formalisme rigoureux faisait peser sur la libre activité d'un porte-fort. Et c'est ce qui explique que cette activité n'ait pas pu profiter des moyens de libération que lui offrait le large épanouissement des procédés ingénieux et souples (donations déguisées, donations indirectes) qui, peu à peu, ont mis en échec les prescriptions des articles 931 et sui-

(1) V. notamment sur ce point : PLANIOL, RIPERT et TRASBOT, V, n° 264.

vants C. civ. Un porte-fort aurait pu, par exemple, pour réaliser une donation, recourir au moyen pratique d'une vente fictive, mais sa qualité de simple intermédiaire lui eut interdit de créer de toutes pièces la volonté spécifique de donner, essentiellement personnelle au donateur, qui se serait traduite, en l'espèce, par la renonciation au droit d'exiger le prix, et qui, seule, eut constitué la *cause* de la donation. Et le pseudo-acquéreur aurait pu craindre une ratification pure et simple du véritable propriétaire, s'appropriant le contrat tel que le lui auraient révélé des apparences trompeuses. Le donataire, si le *verus dominus* avait approuvé le contrat selon sa lettre, eut été transformé en simple acquéreur. Il aurait eu, il est vrai, un recours contre le porte-fort, mais précisément le porte-fort ne pouvait songer à assumer de tels risques.

Aussi bien, ne faut-il pas perdre de vue que le porte-fort est un gérant d'affaires, et comme le remarque M. Savatier (1), c'est une singulière façon de gérer le patrimoine d'autrui que de consentir des donations pour lui. Le même auteur (2) signale cependant qu'une donation par porte-fort pourrait être opportune « dans des circonstances exceptionnelles, lorsqu'il s'agit de doter l'enfant d'un aliéné, en évitant les formalités de l'interdiction et de la tutelle ». Qu'une telle simplification de procédés puisse, dans de telles hypothèses, paraître souhaitable, voilà qui ne nous paraît pas douteux. Mais elle ne nous semble pas *possible* dans le cadre de notre droit positif actuel. Le bénéficiaire d'une donation réalisée dans des conditions aussi précaires ne pourrait pas pratiquement disposer des biens donnés, car, juridiquement, il serait un propriétaire sans titre ou, ce qui revient au même en l'espèce, avec une simple apparence de titre.

120. — II. Si maintenant l'on envisage, du côté du donataire, le problème de l'emploi possible de la promesse de porte-fort,

(1) Article précité, dans le *Répertoire pratique du Notariat*, 1928, p. 101.

(2) *Ibid.*

les mêmes observations, tirées du formalisme du contrat, s'imposent : au cas de représentation conventionnelle, le mandataire qui accepte pour le donataire doit être muni d'une procuration authentique (art. 933 C. civ.). Toutefois, il convient de remarquer que le système rigoureux du Code a reçu, en ce qui concerne l'acceptation d'une donation, de notables adoucissements. Visiblement, les rédacteurs des articles 932 et suivants C. civ. ont été guidés par le souci de favoriser la réalisation de conventions qui enrichissent ceux à qui elles sont destinées. L'article 935 C. civ. est particulièrement symptomatique, puisqu'il reconnaît aux père et mère du mineur émancipé ou non émancipé, ou aux autres ascendants, quoiqu'ils ne soient ni tuteurs ni curateurs du mineur, le pouvoir exorbitant « d'accepter une donation pour le compte dudit mineur ». Mais cet adoucissement même de la réglementation nuit ici à l'expansion de la promesse de porte-fort, puisque la procédure régulière est entourée de moindres difficultés.

(1) L'article 5 de l'ordonnance de 1731 sur les donations (commenté par FURGOLE, *Œuvres*. Toulouse, 1761, t. I, p. 42) frappait d'inefficacité en termes exprès, les acceptations de donations par de simples porte-forts : « Ces donations entre vifs, même celles qui seraient faites en faveur de l'Eglise, ou pour causes pies, ne pourront engager le donateur, ni produire aucun autre effet que du jour qu'elles auront été acceptées par le donataire, ou par son procureur général ou spécial, dont la procuration demeurera annexée à la minute de la donation, et en cas qu'elle eût été acceptée par une personne qui avait déclaré se porter fort pour le donataire absent, ladite donation n'aura effet que du jour de la ratification expresse que ledit donataire en aura faite par acte passé par-devant notaire, duquel acte il restera minute. » Ce même article 5 révèle, par l'interdiction qu'il en fait, une pratique curieuse de l'ancien droit : les tabellions qui recevaient les actes de donation se portaient forts pour les donataires absents. « Défendons à tous notaires et tabellions d'accepter les donations, comme stipulans pour les donataires absents, à peine de nullité desdites stipulations. » Il est symptomatique de noter que LAURENT (XII, n° 241), d'ordinaire si rigoureux dans l'application littérale des textes, n'arrive qu'après hésitation à cette conclusion qu'une donation ne peut être valablement acceptée par une personne sans mandat : peut-être n'a-t-il pas laissé d'être quelque peu influencé par le souvenir des procédés de l'ancien droit.

121. — Comme on le voit, les raisons les plus diverses semblent converger pour restreindre le champ d'application de la promesse de porte-fort en matière de donation.

Or, l'examen de la jurisprudence impose un correctif à ces vues *a priori*. A la faveur d'une tradition de notre ancien droit, (1) la promesse de porte-fort a été assez souvent mise en œuvre dans ce domaine des donations, et chose curieuse dans une portion de ce domaine où le formalisme a été maintenu avec une absolue rigueur : nous voulons parler des partages d'ascendant.

A vrai dire, elle n'a été utilisée que pour l'acceptation des donations qui revêtent cette forme. (Pour les raisons que nous avons dites, en effet, on ne conçoit guère pratiquement la possibilité de libéralités entre vifs, consenties au nom d'une personne pour laquelle on se porterait fort.)

Et voici, pratiquement, pour quels motifs, en dépit des facilités accordées par l'article 935 C. civ., l'on s'est trouvé amené à recourir à la promesse de porte-fort en matière de partages d'ascendant :

1^o Certains enfants d'un donateur peuvent se trouver dans cette situation que nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer, et qui, juridiquement, est assez mal définie : atteints de débilité mentale, ils ne sont pas en mesure de donner un consentement juridique valable. Cependant, comme il n'existe aucune reconnaissance officielle de leur incapacité, ils se trouvent radicalement inaptes à jouer le moindre rôle dans la vie juridique. La procédure de l'interdiction serait possible, mais les familles répugnent à l'engager, surtout s'il s'agit en définitive, de créer les conditions nécessaires à la validité d'une donation. Il est procédé quand même au partage d'ascendant, et quelqu'un se porte fort pour le donataire qui ne peut accepter.

2^o D'un autre côté, il arrive souvent qu'au décès du premier de leurs parents, les enfants laissent le survivant en possession de tous les biens qui composaient la masse de communauté ou

(1) V. *supra*, n^o 120, p. 241, note 1.

de société d'acquêts, et les patrimoines propres des deux époux. Qu'à un moment donné, le survivant veuille se démettre de ses biens au bénéfice de ses enfants, il faudra au préalable procéder au règlement de la succession du prédécédé et au partage de la communauté ou de la société d'acquêts. Si les enfants, ou certains d'entre eux, sont mineurs, c'est la procédure judiciaire qui s'impose. Pour éviter cet inconvénient, l'ascendant consent la donation de ses biens propres, et les donataires procèdent, sous sa médiation, à la répartition des biens donnés, et des biens du prédécédé, confondus en une masse commune. Une promesse de porte-fort est alors faite pour les donataires dont la présence eut exigé l'emploi d'autres formes.

Mais, comme dans le partage, il est différentes manières d'opérer et il nous faut envisager successivement trois hypothèses possibles :

A) ou la promesse de porte-fort émane d'une personne qui n'est pas directement intéressée à l'opération ;

B) ou elle est donnée par le donateur ;

C) ou elle est le fait de certains donataires.

SECTION I

Première hypothèse : La promesse de porte-fort émane d'une personne qui n'est pas directement intéressée à l'opération.

122. Analyse d'une espèce jurisprudentielle : arrêt de la Chambre des requêtes du 15 juillet 1889. — 123. Doctrine qui se dégage de cet arrêt : en raison de son indivisibilité, le contrat ne se forme pas, tant que toutes les acceptations des donataires ne sont pas réunies. — 124. Nécessité d'adopter sur ce point, par suite de la réglementation spéciale qui régit la matière, le système de l'offre qui avait été rejeté dans la théorie générale du contrat pour autrui. Conséquences qui en dérivent.

122. — La jurisprudence nous fournit elle-même un exemple caractéristique : en 1885, un sieur d'Equevilly avait fait donation à ses sept enfants d'immeubles, de valeurs mobilières et

d'objets mobiliers. Plusieurs des donataires étant mineurs, un sieur de Jonquières avait accepté en leur nom et en se portant fort pour eux. Un sieur Bailleux, créancier du donateur, entama une procédure de saisie de certains des biens donnés, en arguant que cette donation était nulle.

Un jugement de Vesoul (8 avril 1887) (1) valida la saisie pratiquée, en se fondant sur le raisonnement syllogistique suivant : l'article 1076 C. civ. déclare applicables au partage d'ascendant les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs et testaments. Or, les articles 932 et 933 placés sous la rubrique « de la forme des donations » exigent que l'acceptation soit faite en termes exprès et par acte authentique, et le sieur Jonquières, simple porte-fort, ne se trouvait pas parmi les personnes qui peuvent accepter pour les mineurs « donc, l'acte en question était *irrégulier comme donation*, pour défaut d'acceptation ».

La Cour de Besançon (7 décembre 1887) (2) confirma le jugement en y ajoutant quelques touches : « le défaut de concours de deux descendants pour lesquels le sieur de Jonquières s'était porté fort suffisait à enlever tout effet à la donation-partage, vu le caractère *d'indivisibilité* de cet acte. » D'autre part, si l'acte était nul, cette nullité ne pouvait être invoquée par les seuls incapables, insuffisamment représentés, car « il s'agissait, non de formalités protectrices des mineurs, mais bien du *défaut d'acceptation* nécessaire à la validité de l'acte lui-même ». La terminologie quelque peu flottante du jugement recevait ainsi une mise au point nécessaire.

La Chambre des requêtes, saisie d'un pourvoi, affina, par une heureuse formule, la conception de la Cour de Besançon ; (3) elle précisa « que la donation qui n'avait pas été duement acceptée, *manquait d'une des conditions nécessaires à sa perfection* ».

(1) Rapporté sous l'arrêt de la Chambre des requêtes du 15 juillet 1889. S. 1889.1.412.

(2) *Ibid.*

(3) Req., 15 juill. 1889. S. 89.1.412.

L'article 1125 C. civ. était écarté, et la Cour de cassation se ralliait ainsi implicitement à la notion d'inexistence.

123. — Si nous avons aussi complaisamment analysé cette série de décisions qui se superposent en se complétant, ce n'est pas que l'hypothèse envisagée se présente souvent dans la pratique, mais c'est qu'elle a cet avantage d'offrir la difficulté, à l'état pur et, si l'on peut dire, dans sa simplicité originelle. Elle permet de mesurer, avec une précision rigoureuse, la valeur d'une acceptation donnée par une personne sans qualité, qui se contente de se porter fort pour le donataire. Et cette valeur est radicalement nulle. L'acceptation, pour être efficace, doit être faite par les personnes que la loi habilite, dans les conditions et sous les formes que cette même loi prescrit. En dehors de là, c'est le pur néant. Ici, comme en matière de contrat de mariage, la volonté nue d'un simple représentant sans pouvoirs est absolument impuissante à créer quoi que ce soit. En modifiant l'adage, on peut dire : *Forma dat esse voluntati*. Comme dans le contrat de mariage, la gestion d'affaires est, en cette matière, totalement inopérante. Et la raison est la même : la nécessité, pour les volontés, d'être habilitées selon certaines formes, si elles cherchent à produire un effet de droit.

Et, en cette matière du partage d'ascendant, cette constatation revêt une importance absolument primordiale, car, comme la Cour de Besançon a pris soin de le noter, l'opération est indivisible, et la déficience d'un seul consentement frappe l'ensemble du contrat d'une inefficacité totale. « Il ne s'agit pas, en pareil cas, de plusieurs donations distinctes et séparées, faites individuellement à chacun des descendants et susceptibles, comme telles, de devenir parfaites par l'acceptation isolée de chacun d'eux. Ce que l'ascendant a entendu faire, c'est un abandon collectif des biens à titre de partage, et ce n'est qu'avec ce caractère particulier qui lui imprime une sorte d'*indivisibilité* que les descendants ont pu accepter cet abandon » (1). Tout

(1) AUBRY et RAU, XI, § 729, p. 578, note 11.

l'édifice de la donation repose sur les consentements, pleinement et immédiatement valables, de tous les intéressés. Qu'un seul fasse défaut, ou qu'on y substitue le consentement d'un représentant sans qualité (ce qui revient exactement au même) et le contrat ne se forme pas.

124. — La théorie d'ordre général que nous avons proposée est mise ici en échec par les règles particulières qui ont été édictées en matière de donations. Chaque contrat, bien qu'animé par les principes généraux du droit, n'en est pas moins gouverné par ses lois propres et les dispositions spéciales qui s'appliquent aux donations nous commandent d'adopter, en cette matière, le système de l'offre qu'en thèse générale nous avons repoussé (1). Il suit de là que la prétendue ratification du donataire pour lequel une personne se serait portée fort, ne sera, en fait, qu'une *acceptation*. Une ratification, en effet, suppose, comme nous avons essayé de le démontrer, un contrat déjà formé, un rapport juridique préexistant. Or, ici, jusqu'à l'adhésion du dernier des donataires, rien ne compte que la volonté du donateur : il n'y a qu'elle, à l'état de pure offre (2). Le contrat de donation ne prendra réellement corps, que lorsque la dernière acceptation sera régulièrement acquise, et c'est au

(1) Cf. *supra*, n° 32.

(2) Dans le commentaire qu'il a donné de l'article 5 précité de l'ordonnance de 1731, FURGOLE (*Œuvres*, t. I, p. 48) a admis que, même dans le cas d'acceptation d'une donation par un porte-fort, il pouvait y avoir *ratification* subséquente (sans rétroactivité, il est vrai). « Ladite donation, écrit-il, n'aura effet que du jour de la *ratification* expresse ». Et les explications qu'il tente de donner de ce défaut de rétroactivité ne sont pas parfaitement claires : « Quoique régulièrement la ratification équipolle au mandat (on reconnaît ici la conception critiquée plus haut, n° 41 et s.) et qu'elle remonte au jour de l'acte ratifié... cela n'a pas lieu. La raison en est parce que si dans le temps intermédiaire, le droit est acquis à un tiers, la ratification ne peut pas avoir un effet rétroactif au préjudice du tiers... ; que si aucun tiers n'est intéressé, il est inutile que la ratification remonte au jour de la donation. » A vrai dire, toute cette argumentation un peu molle vaudrait à l'encontre de la rétroactivité de la ratification dans toutes les hypothèses, parce qu'il s'agit de

jour de cette dernière acceptation qu'il prendra date (1). Il ne peut s'agir de conférer à cette manifestation de volonté du donataire un effet rétroactif qui serait, de toute évidence, irrationnel et injustifié. Toutes les conséquences que comporte la donation ne peuvent logiquement se dérouler dans le temps qu'à partir du moment où tout le faisceau des volontés des donataires sera complet. Jusque-là les volontés absentes n'auront pas pu être remplacées par les volontés de représentants bénévoles, puisque le défaut d'habilitation prive celles-ci de toute valeur juridique.

A supposer même que certains des co-partagés prennent possession des biens qui leur avaient été attribués en vertu d'un pseudo-contrat de donation, ils n'auront, en aucune manière, un titre translatif. La transcription immédiate de l'acte avant la réunion de tous les consentements n'aurait aucunement sa raison d'être puisqu'il ne peut s'agir d'opposer aux tiers un contrat qui n'est pas formé. Si le partage, auquel il aurait été prématurément procédé, avait mis à la charge de tel ou tel co-partagé, une soulte, le privilège du co-partageant ne prendrait pas, même virtuellement, naissance. Et si un notaire, par une erreur certaine, avait entretenu chez ses clients l'illusion que le défaut d'acceptation régulière était couvert par l'intervention d'un porte-fort, sa responsabilité professionnelle serait incontestablement engagée (2).

préserver le droit des tiers. Elle n'a pas égard aux caractères particuliers de la donation. Puisque la prétendue ratification est, en réalité, formatrice du contrat, il est infiniment plus simple de s'en tenir à la notion d'*acceptation* qui s'adapte tout naturellement aux faits.

(1) Cf. AUBRY et RAU, XI, § 729, p. 578. — BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN, II, n° 3525.

(2) Civ., 27 juill. 1892. D. P. 92.1.457 ; S. 93.1.121. La faute professionnelle que révèle cette espèce, est particulièrement lourde : un notaire, témoignant d'une ignorance qui s'est attirée les justes sévérités de la Cour de cassation, avait fait apposer sur la minute de l'acte de donation la signature d'une mineure qui ne « comparaisait » pas et pour laquelle on s'était porté fort. Moyennant quoi, le praticien s'était cru dispensé de provoquer une acceptation régulière !

Toutes ces conséquences se déduisent avec rigueur du système de l'offre. Il nous faut terminer par ce trait qui est le plus important : dès lors que le contrat, à défaut de la réunion de tous les consentements, s'analyse, en fin de compte, en une simple pollicitation, le décès du donateur a pour effet certain de frapper de caducité cette pollicitation. Tout est automatiquement anéanti. Il ne peut s'agir, pour les co-partagés, de couvrir, par une ratification, un contrat qui n'a jamais existé. Il est évidemment loisible aux héritiers, qui ne sont pas, qui n'ont jamais été des donataires (du moins en vertu du partage d'ascendant) de prendre pour base du règlement de leurs intérêts respectifs les résultats du contrat simplement ébauché. Mais si le partage d'ascendant est ainsi exécuté en fait, il n'en demeure pas moins qu'il n'aura pas été ratifié en droit (1).

Tous ces effets ne laissent évidemment pas d'être rigoureux;

(1) M. VIALLETON, dans sa note au S. 1928.1.273 s. Civ., 28 déc. 1926 remarque que « le simple maintien de l'état de choses consécutif à cette exécution (du partage d'ascendant) n'a pas par lui-même une signification suffisante. » « Il ne se manifeste pas, ajoute-t-il, au moment de l'ouverture de la succession, cette sorte d'interversion du titre où se marquent les conditions essentielles de l'acte confirmatif, effort d'une volonté agissant en connaissance de cause. Conserver le *statu quo ante mortem*... ce n'est pas confirmer au sens légal du mot ». Il ne nous semble pas douteux, en effet, qu'une simple continuation de l'état de fait préexistant au décès du donateur ne saurait conférer aux pseudo-donataires une situation juridique inattaquable. S'ils entendent procéder à un règlement entre eux sur les bases du partage d'ascendant qui avait été ébauché, mais qui, en réalité ne s'est pas formé, rien ne le leur interdit, mais il faudra, en ce sens, un accord des volontés des divers ayants droit et l'acte qui interviendra alors sera un simple partage amiable ; ce ne sera ni une ratification ni une confirmation. L'article 1340 C. civ. resterait ici sans application, car dans l'hypothèse visée au texte (et différente de celle examinée par M. Vialleton qui concerne une nullité pour omission d'un descendant) le contrat n'a pas pris corps. V. cependant, en sens contraire, un arrêt de la Cour de Bastia du 10 avril 1854. D. P. 54.2.217 (qui nous paraît d'ailleurs user d'une argumentation bien plus d'ordre économique et social [sécurité des possesseurs, tranquillité des familles] que d'ordre spécifiquement juridique.)

mais ils sont dans le droit fil du formalisme rigide qui régit la matière spéciale des donations.

SECTION II

Deuxième hypothèse : La promesse de porte-fort émane du donateur.

125. Comment, rationnellement, une telle manière d'opérer semble encore restreindre les chances de validité du contrat, à raison du doublement de personnalité qu'elle implique chez le donateur. — 126. Démenti que la jurisprudence oppose à cette conclusion. Nécessité d'une étude détaillée des différentes décisions. Arrêt de la Chambre des requêtes du 5 novembre 1877 : son analyse. — 127. Mise en œuvre par la Cour de cassation de la notion de garantie. — 128. Observations que suggère l'arrêt précité. — 129. Arrêt de la Chambre civile du 20 mars 1905. — 130. Arrêt de la Chambre civile du 28 novembre 1926. — 131. Observations sur ce dernier arrêt. — 132. Distinction proposée en vue de l'examen critique de cette jurisprudence.

§ 1. — *Le donateur se porte fort de l'acceptation d'un donataire.*

133. Eléments de solution que fournit à cet égard l'arrêt précité du 20 mars 1905 : impossibilité pour les donataires d'attaquer le partage d'ascendant, en raison de l'obligation indivisible de garantie qu'ils ont recueillie dans la succession de leur auteur. — 134. Critique de ce système : il ne peut s'agir de garantir l'exécution d'un contrat qui, en réalité, ne s'est pas formé. — 135. Cette garantie que l'on invoque ne tire pas son origine de la promesse de porte-fort. — 136. Le prétendu contrat n'est en fait qu'une sollicitation, émanant du donateur : effets de la promesse de porte-fort sur cette sollicitation.

§ 2. — *Le donateur s'est porté fort de l'abstention d'un descendant omis.*

137. Le contrat, dans ce cas, n'est pas inexistant, mais susceptible d'être annulé (art. 1078 C. civ.). Comment la Cour de cassation, dans ces deux arrêts du 5 novembre 1877 et du 28 novembre 1926 précités, a admis que l'action en nullité fût paralysée par l'exception de garantie. — 138. Critique de ce système. Conséquences inadmissibles auxquelles il conduit. — 139. Comment se justifie, en fait, la jurisprudence de la Cour de cassation dans le cas envisagé.

125. — Dans cette hypothèse, la situation paraît devoir encore se simplifier, puisqu'il y a élimination du personnage que ses

propres intérêts n'appelaient pas à la donation et qui s'étaient contenté de se porter fort pour un donataire. On assiste comme à un resserrement, à une contraction de l'opération. Le donateur, en même temps qu'il joue son rôle personnel, accepte au nom d'un ou plusieurs donataires, en se portant fort pour eux.

L'accroissement et la complication de cette activité juridique du donateur ne paraissent pas, rationnellement, devoir apporter plus de solidité au contrat dont nous avons nié jusqu'à l'existence. Bien au contraire : cette manière de procéder ne peut logiquement que faire surgir un nouvel obstacle, à raison du singulier dédoublement de personnalité qu'il implique. On est ici à l'extrême pointe des possibilités du contrat avec soi-même. On peut même craindre qu'elle ne soit dépassée. Rien de plus personnel et de plus exclusif que la raison pour laquelle on donne, et les raisons pour lesquelles on accepte. Et que deux volontés ainsi opposées puissent émaner, dans le même laps de temps, de la même personne, c'est pour le moins une impossibilité psychologique (1).

Quoi qu'il en soit, la structure même de l'opération semble exactement la même que dans l'hypothèse précédemment examinée, à ceci près qu'une seule personne cumule deux fonctions qui ailleurs (et beaucoup plus rationnellement) étaient occupées par deux personnes distinctes.

126. — Et pourtant la jurisprudence a trouvé, dans les données mêmes que nous venons d'exposer, de quoi consolider un contrat dont nous avons dit, dans le premier cas, qu'il n'était pas formé.

Le procédé employé est d'une extrême subtilité, à tel point

(1) En ce sens : BARTIN, s. AUBRY et RAU, X, § 652, p. 545, texte et note 18 bis. — DEMOLOMBE, XX, n° 197. — FURGOLE, *op. cit.*, commentant l'article 7 de l'ordonnance de 1731 déclare qu'il y a entre la qualité de donateur et celle de donataire, une différence spécifique.

qu'il nous paraît nécessaire d'entrer dans l'étude descriptive des décisions pour en saisir le mécanisme.

Tout ce mouvement jurisprudentiel semble issu d'un arrêt de la Chambre des requêtes du 5 novembre 1877 (1) auquel il convient de se reporter tout d'abord. Voici les données mêmes de l'affaire qu'intentionnellement nous relevons avec détails. Suivant acte du 26 avril 1838, une dame Catherine Lageste, veuve Lafargue « agissant tant en son nom personnel qu'en celui de Michel Lafargue, son fils, sourd et muet, *pour lequel elle s'était portée fort, avec toute garantie de validité et d'exécution*, avait fait délaissement et abandon, à titre de vente, aux sieurs Pierre et Jean Lafargue et dame Verdier, ses autres enfants : 1^o de tous les biens et droits mobiliers et immobiliers qu'elle avait, détenait et possédait, soit pour reprises dotales et matrimoniales, ainsi que pour sa part sur la société d'acquêts ; 2^o de tous les droits que ledit sieur Lafargue, sourd et muet, son fils amendait et pouvait amender en principal et accessoires dans la succession de feu le sieur Jean-Baptiste Lafargue ». Il était stipulé que les biens donnés seraient partagés entre les donataires « dans la proportion de leurs droits héréditaires éventuels, *comme si Michel Lafargue n'existait pas* », mais les donataires assumaient « la charge notamment de *loger, entretenir et soigner ledit Michel Lafargue*, selon ses besoins et son état et de lui servir une rente annuelle et viagère de 500 francs ». En outre, l'acte se terminait par cette déclaration expresse : « les parties se sont fait respectivement délivrance des lots ci-dessus et du présent traité, renonçant à pouvoir jamais se quereller ni rechercher l'une ou l'autre au sujet des successions dont il s'agit ».

La donatrice mourut, puis l'enfant omis. C'est alors que les époux Verdier attaquèrent l'opération, tant de leur chef que comme héritiers de l'enfant omis, en se basant notamment sur l'article 1078 C. civ.

(1) D. P. 78.1.372 (Rapport du conseiller Dareste) ; S. 78.1.214.

La Cour d'appel de Pau, dans un arrêt du 25 juillet 1876 avait repoussé cette prétention : « Attendu que... Michel Lafargue étant mort, les consorts Verdier ne sauraient aujourd'hui venir réclamer contre le pacte de famille dont ils ont expressément *garanti l'exécutoin* ; que vainement soutient-on que l'article 1078 C. civ., leur réservant le droit d'attaquer de leur propre chef un partage fait par un ascendant, quand tous les enfants existants au décès de cet ascendant n'y ont pas été compris, exclut, en ce cas, toute garantie de droit et les relève de toute garantie stipulée ; que si telle est, en effet, la portée de l'article 1078 C. civ., cet article n'est pas applicable à la convention ci-dessus caractérisée, véritable contrat commutatif dont un des éléments est un partage fait hors de la présence de la mère ».

Toute cette argumentation ne laissait pas d'être quelque peu floue : la Cour de Pau paraissait faire jouer uniquement la garantie que les donataires s'étaient promise les uns aux autres. La Chambre des requêtes précisa le raisonnement simplement ébauché : « Attendu que la veuve Lafargue... a déclaré agir tant en son nom personnel que comme se portant fort pour ledit Michel Lafargue ; que si l'acte de 1838, qui, en réalité, constituait un partage d'ascendant *était nul* à l'égard de Michel Lafargue et même à l'égard des autres enfants, aux termes de l'article 1078 C. civ., *l'obligation* contractée par la mère commune de faire ratifier le partage par son fils Michel était *licite* ; attendu qu'en acceptant la succession de la veuve Lafargue, leur aïeule, les consorts Verdier, demandeurs au procès, ont *succédé à l'obligation indivisible* souscrite par celle-ci ; que, dès lors, ils sont non-recevables à intenter contre les autres co-partageants une action en nullité qui lui appartiendrait du chef de Michel ; que c'est le cas d'appliquer la maxime : *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio.* »

127. — Ainsi donc, la Cour de cassation ne s'est pas arrêtée à l'appréciation de la valeur juridique de l'acte de donation lui-même. Elle s'est contentée de noter que cet acte était nul, et

d'une nullité telle qu'elle pouvait être invoquée non seulement par l'enfant omis, mais aussi par les autres co-partagés. Mais elle est parvenue à rendre cette nullité purement théorique, en se basant sur le raisonnement suivant : en se portant fort, la donatrice ne s'était pas seulement obligée envers les donataires, à promettre l'abstention de l'enfant omis, mais elle s'était encore astreinte à ne rien faire qui pût troubler la situation juridique des co-partagés. Or, cette obligation était *indivisible*. En acceptant purement et simplement la succession de leur auteur, les co-partagés avaient recueilli cette obligation dans leur patrimoine. Et les moyens d'invalidation qu'ils pouvaient tenir de l'article 1078 C. civ. se trouvaient paralysés par la nécessité où se trouvait chacun d'eux de respecter l'engagement que le donateur avait assumé. Une habileté de procédure, le jeu de l'exception : *quem de evictione*... venait ainsi empêcher l'aboutissement d'une action en nullité dont la possibilité, par ailleurs, n'était pas niée. Comme nous l'avons fait en matière de partage, il nous faut noter une influence particulière de la promesse de porte-fort sur le contrat lui-même qu'elle accompagne (1).

128. — Il serait prématuré de procéder à un examen critique de ce système avant d'avoir décrit les développements qu'il devait recevoir par la suite. Il nous suffira de consigner d'ores et déjà les observations suivantes :

1^o Il se pourrait bien que l'arrêt de la Cour de Pau ait été influencé par des considérations d'équité auxquelles la Cour de cassation n'a sans doute pas été elle-même insensible : un enfant de la donatrice avait été omis, mais il convient de remarquer qu'il avait été néanmoins *aportionné* sous forme de rente viagère, et de frais de nourriture et d'entretien. Tout porte à croire que les obligations assumées envers le frère déshérité avaient été fidèlement exécutées, et, semble-t-il, par ceux-là mêmes contre lesquels la demande en nullité était for-

(1) V. *supra*, n^o 110 et s.

mée. Et il n'est pas impossible que les juges aient éprouvé quelque répugnance à permettre l'application automatique de l'article 1078 C. civ. au profit de plaideurs dont la bonne foi était de nature à faire naître un doute sérieux.

2^o Mais, par ailleurs, si l'on se place à un point de vue strictement juridique, diverses particularités doivent être relevées :

A) Ce n'est pas une acceptation subséquente d'un donataire que promettait la donatrice porte-fort : c'est l'abstention d'un donataire omis. *De la sorte, le contrat avait pu se former valablement*, sauf l'effet de l'application de l'article 1078 C. civ., dans le cas de survie du donataire omis par rapport à la donatrice (ce qui était d'ailleurs arrivé).

B) Au sujet de « l'obligation indivisible » à laquelle se trouvait tenue la donatrice, et qui a joué un tel rôle dans le maintien de l'opération, il importe de souligner la formule exacte qui avait été employée dans l'acte. La veuve Lafargue avait agi tant en son propre nom qu'en celui de Michel Lafargue, pour lequel elle se portait fort *avec toute garantie de validité et d'exécution*. Le mot même de *garantie* avait été inséré dans les conventions. Et cette notation nous servira, au besoin, à fixer les rapports de la promesse de porte-fort et de l'obligation de *garantie*.

129. — Mais auparavant, il nous faut suivre, à travers d'autres décisions, les développements de la théorie qu'en toute objectivité, nous venons d'exposer.

Un arrêt de la Chambre civile du 20 mars 1905 (1) révèle une situation juridique différente de celle qui a été précédemment examinée. Par acte du 3 février 1895, un sieur Gestin avait fait donation à ses quatre enfants, à titre de partage anticipé, du domaine de Kerveil. Deux fils ayant seuls accepté, le donateur s'était porté fort de l'acceptation des deux autres, encore mineurs. A leur majorité, ceux-ci ne donnèrent pas la signature

(1) D. P. 1905.1.383 ; S. 1905.1.163.

promise, et le donateur demanda, contre tous ses enfants, l'annulation de l'acte.

Par un arrêt du 12 mai 1903, la Cour de Rennes (1) accueillit la demande, et son argumentation mérite d'être retenue : « Considérant que la maxime : « *quem de evictione...* » pourrait sans doute être invoquée *si le procès portait sur une convention valable en elle-même*, abstraction faite des attaques dont elle est l'objet mais qu'il faut observer *qu'on se trouve en présence d'un acte dépourvu de toute valeur juridique* auquel l'abstention de Gestin père n'aurait pu conserver une existence qu'il n'a jamais eue et d'une *situation de fait* que toutes les parties, y compris Alain Gestin lui-même (l'un des donataires) sont grandement intéressés à faire cesser au plus tôt ; considérant *qu'il n'eut même pas été nécessaire d'attaquer cet acte en justice* (art. 932 C. civ.) s'il n'avait pas déjà reçu de la part de deux des enfants, un commencement d'exécution ».

Comme on le voit, le raisonnement est ici absolument identique à celui qui a été mis en œuvre, à propos d'une promesse de porte-fort émanant d'une personne qui n'était pas elle-même directement intéressée à l'opération : l'agissement d'un porte-fort n'avait pu engendrer aucun effet de droit. Le contrat de donation n'avait pas été formé, en l'absence des consentements nécessaires. La convention, dans les conditions où elle s'était produite, avait simplement donné naissance à une situation de fait.

Or, la Chambre civile cassa l'arrêt de la Cour de Rennes. « Attendu que la clause par laquelle le donateur s'est, vis-à-vis de ses enfants majeurs, porté fort de l'acceptation des mineurs, renferme une promesse qui, licite en elle-même, oblige celui qui l'a faite ; que l'inexécution par lui de cette promesse le rend passible de dommages-intérêts et *par voie de conséquence* non recevable à attaquer la donation qu'il avait *promis de respecter*. »

Il est indéniable que cette rédaction est infiniment ingé-

(1) Rapporté sous l'arrêt précité de la Ch. civ. D. P. 1905.4.383.

nieuse. Un élégant artifice d'écriture institue entre la promesse de porte-fort et l'impossibilité de provoquer l'annulation une liaison si étroite que, pratiquement, le partage d'ascendant est maintenu : « le fait de s'être porté fort rend *par voie de conséquence, le donateur non recevable à attaquer la donation* ». Malgré la différence des situations juridiques, le procédé technique mis en œuvre pour consolider la position très fragile des donataires est le même que dans l'arrêt de 1877 : *le demandeur se voit opposer une exception de garantie*. Ayant promis de faire en sorte que tous les consentements nécessaires soient réunis, il ne saurait se prévaloir, à l'encontre des bénéficiaires de la promesse, de l'impossibilité où il s'est trouvé de procurer le résultat garanti.

130. — La continuité de la doctrine de la Cour de cassation s'est encore manifestée dans un arrêt récent de la Chambre civile du 28 décembre 1926 (1). Les faits de la cause rappellent de façon singulière ceux de l'arrêt de 1877 : Par un acte de donation du 9 décembre 1890, les époux Thomas avaient distribué leurs biens entre leurs enfants, mais ils avaient omis leur fille Claudine en stipulant que celle-ci « absente comme inapte » serait confiée aux soins de son frère Jean-Marie, *à charge par ce dernier, de la nourrir, entretenir et soigner, et, à défaut, de lui servir, sa vie durant, une rente de 350 francs*. La mère décéda en 1900, le père en 1906 et Claudine Thomas en 1921, son frère Jean-Marie ayant jusqu'à cette date scrupuleusement rempli les obligations qui lui incombait. A ce moment, les dames veuve Labrosse, Benoist-Mesme et Chanteuil, co-héritières, poursuivirent la nullité du partage pour omission d'un descendant et, par voie de conséquence, la nullité de la vente, que la dame Labrosse avait consentie à des tiers, des immeubles compris dans son lot. La Chambre civile rejeta le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Dijon du

(1) D. P. 1930.1.73, note LALOU ; S. 1928.1.273, note VIALLETON.

14 février 1924 qui n'avait pas fait droit à la demande, et la dialectique employée est exactement calquée sur celle des arrêts précédents : l'engagement de se porter fort pour un donataire était licite, les demanderesses, ayant accepté la succession de leurs père et mère, avaient succédé à l'*obligation indivisible* souscrite par leurs auteurs, elles étaient dès lors déclarées non recevables, par application de la règle *quem de evictione...* à intenter contre les autres co-partageants l'action en nullité.

131. — Cette décision n'a apporté en définitive, rien de nouveau. Deux faits nous semblent cependant susceptibles d'être notés :

1^o L'annulation de l'acte de donation aurait porté atteinte à la situation juridique de certains ayants cause des demanderesses ;

2^o L'appréciation de la valeur juridique du partage d'ascendant n'est pas entrée en ligne de compte, dans le débat : « Attendu qu'il est *sans intérêt* de rechercher si l'arrêt attaqué a violé les articles 1078 et 1340 C. civ., en déduisant de l'exécution volontaire donnée à l'acte de 1890 par les divers co-héritiers, une ratification du partage nul pour omission d'un ascendant ; qu'en effet, *les motifs donnés de ce chef, à les supposer même exacts, peuvent être considérés comme surabondants* ».

132. — Au prix de longueurs qui ont pu paraître superflues et de détails dont la minutie a pu sembler exagérée, nous avons ainsi assisté à l'élaboration d'une doctrine qui a atteint maintenant une incontestable fixité. Le moment est venu de tenter la synthèse des résultats obtenus.

A n'en pas douter, une distinction s'impose : tantôt le porteur a promis l'acceptation d'un descendant, tantôt son abstention. Et ces deux cas doivent être examinés successivement.

§ 1. — **Le donateur se porte fort
de l'acceptation d'un donataire.**

133. — L'arrêt de 1905 nous fournit, pour cette hypothèse, les éléments de solution suivants : en dépit même du défaut d'acceptation du donataire, le donateur est tenu de respecter le contrat qu'il a passé avec les autres co-donataires. Tant qu'il vit, il se verra opposer l'exception de garantie. Mais à sa mort, qu'advient-il ? Aucune décision ne vient nous apporter sur ce point une réponse précise. L'interprète en est réduit à des conjectures. Pourtant, à l'intérieur du système jurisprudentiel ses possibilités de choix sont très restreintes. On peut même dire qu'elles n'existent pas. L'application logique de la notion de garantie commande de dire : l'obligation indivisible, assumée par le donateur, ne disparaît pas avec lui, elle est transmise à ses héritiers. Si donc les donataires, pour lesquels la promesse de porte-fort a été faite, acceptent purement et simplement la succession du donateur, ils ne pourront pas plus attaquer le partage d'ascendant que n'eût fait leur auteur. S'ils ne peuvent pas être contraints d'accepter le contrat, ils sont forcés de le respecter. C'est d'ailleurs une différence purement verbale. Pratiquement, le partage d'ascendant est maintenu.

134. — Pour ingénieux qu'il soit, ce système est-il à l'abri de toute critique ? Il paraît difficile de l'admettre, et la vérité juridique pourrait bien être dans l'arrêt précité de la Chambre des requêtes du 15 juillet 1889 (1) qui a dénié toute efficacité à l'intervention d'un porte-fort absolument étranger à l'opération.

Il est impossible en effet d'éluder la question : *comment une acceptation, émanant d'un donateur, se trouverait-elle avoir*

(1) S. 1889.1.412 (analysé plus haut, n° 122, dans l'examen de la première hypothèse).

plus de force que celle d'un tiers ? Comme nous l'avons déjà remarqué, une telle manière de procéder offre ce désavantage particulier de se heurter à une impossibilité psychologique, à raison du dédoublement de personnalité qu'elle exige d'un même contractant, à la fois donateur et acceptant. Mais, à supposer même cet obstacle disparu, on se trouve en présence de ce fait *qu'un partage d'ascendant n'a pas réuni cette unanimité de consentements, faute de laquelle il n'existe pas.*

On répond à cela : le donateur a contracté un engagement de garantie. Mais il est aisé alors de répliquer : *on ne garantit que ce qui existe.* Comment peut-on s'astreindre à respecter une convention qui, juridiquement, n'a pas pris corps, qui a simplement engendré une situation de fait ? La Cour de Rennes avait jugé ainsi et sa conception nous paraît inattaquable. En matière de partage, le consensualisme nous avait permis de reconnaître l'existence d'un acte, bien qu'un des co-indivisaires fut absent. Par un appel, que nous croyons justifié, à la notion de gestion d'affaires, il avait été possible d'admettre que la volonté de l'absent avait été suppléée par les volontés des co-intéressés (1). Ici, au contraire, le formalisme interdit de prendre en considération une manifestation de volonté qui ne satisfait pas à des exigences précises. Ou bien, cette volonté revêt les formes voulues, ou bien elle ne peut être retenue que comme un simple fait, elle est dépourvue de toute valeur juridique. Si une telle manière de voir est exacte, (et la Cour de cassation en a reconnu la pertinence dans une de ses décisions, (2) la garantie que l'on oppose au donateur se trouve consolider une simple apparence de contrat.

135. — Et puis, cette garantie, d'où provient-elle ? A lire les arrêts, la réponse ne souffre aucun doute : l'obligation indivisible à laquelle est astreint le donateur provient de la pro-

(1) V. *supra*, n° 113.

(2) Req., 15 juill. 1889, précité.

messe de porte-fort. Mais une telle analyse est-elle très exacte ?

Si nous nous référons à la conclusion que nous a fournie l'étude de la nature juridique de la promesse de porte-fort, nous sommes amené à utiliser cette notion d'obligation conditionnelle de donner, à laquelle nous avons abouti. Et voici comment dans son ensemble, l'opération qui constitue l'objet de la présente discussion peut être décrite : une personne procède à la démission de ses biens au profit de ses descendants. Un d'entre eux est mineur. Le partage d'ascendant a lieu comme si ce mineur figurait au contrat. Il naît de là,¹ pour les donataires majeurs, un risque puisque le contrat n'est pas formé. Ce risque, le donateur le couvre en se portant fort que l'absent acceptera. Supposons maintenant que le décès du donateur ait lieu avant que cette acceptation soit acquise. La pollicitation à laquelle se réduisait, en dernière analyse, le partage ébauché devient caduque. Le dommage qui en résulte et que le porte-fort s'était engagé à réparer, engendre au profit des donataires majeurs, un droit à indemnité qui grève la succession du donateur. Et cette obligation passive, loin d'être indivisible, se fractionne entre les héritiers acceptants, dans la proportion de leurs droits (art. 1220 C. civ.).

Tenons même pour exacte, à titre de démonstration, la théorie classique d'après laquelle la promesse de porte fort constitue une obligation de faire, et considérons la situation juridique créée par le décès du donateur : comme l'offre de donner est frappée de caducité, l'engagement de procurer l'acceptation du mineur est inexécuté. La succession du porte-fort se trouve donc grevée d'une dette de dommages-intérêts qui se divise comme nous venons de l'indiquer :

A notre avis, « l'obligation indivisible » que l'on met à la charge du donateur est simplement la traduction ou la consécration conventionnelle de cette garantie légale à laquelle est astreint tout auteur d'une libéralité entre vifs qui ne doit pas troubler, par son fait personnel, la situation juridique du dona-

teur. En analysant l'espèce soumise à la Cour de cassation en 1877 (1) nous avons pris soin de noter que précisément le mot de *garantie* avait été inscrit dans l'acte, à côté de la promesse de porte-fort. Et cette observation nous semble d'autant plus significative que c'est de cet arrêt de 1877 que toute la théorie jurisprudentielle, en notre matière, est issue. Dans l'arrêt de 1905, le porte-fort s'est vu opposer cette garantie qu'il avait assumée.

Mais alors, il avait dans *l'inexistence de ce contrat* le moyen de défense le plus efficace. Pour reprendre une remarque déjà faite, il n'était pas plus tenu à garantie, qu'un vendeur *au cas où il n'y aurait pas eu de vente*.

136. — Est-ce à dire que la promesse de porte-fort, lorsqu'elle émane du donateur doit rester sans effet? Nous ne le croyons pas.

Tout d'abord, comme nous venons de le voir, elle donne naissance à une dette indemnitaire au profit des stipulants, lorsque l'acceptation promise ne se produit pas.

Par ailleurs, nous considérons qu'elle lie le donateur jusqu'au moment où cette acceptation est possible. A notre avis, il ne peut pas compromettre la situation juridique qu'il a créée, tant que le donataire n'a pas pu donner son consentement. Bien entendu, il ne peut s'agir de justifier une telle solution par le recours à la notion de gestion d'affaires qui n'a pas sa place ici. L'explication, pour des raisons tirées du formalisme du contrat, doit être présentée différemment : puisque, jusqu'à la dernière acceptation, le partage d'ascendant n'est qu'une offre de donner, il nous semble nécessaire d'admettre qu'en promettant cette acceptation, le pollicitant s'est du même coup astreint à ne pas retirer son offre pendant tout le délai qu'exigera la réalisation de cette promesse.

(1) V. *supra*, n° 126.

§ 2. — Le donateur s'est porté fort de l'abstention
d'un descendant omis.

137. — Si maintenant l'on envisage le cas où le donateur promet qu'un descendant omis s'abstiendra de critiquer le contrat, il convient immédiatement de marquer la différence essentielle avec l'hypothèse précédemment examinée.

Quand le donateur couvre, par sa promesse, les risques du défaut d'acceptation d'un des donataires, il manifeste avec netteté son intention d'associer tel et tel descendant à la donation. Sa pollicitation doit rencontrer un nombre déterminé de consentements corrélatifs, et la répartition des biens donnés est basée sur les droits respectifs de tous ceux dont l'acceptation est ou bien immédiatement acquise, ou bien prévue pour une certaine date. Mais, en raison de l'indivisibilité du partage d'ascendant, le contrat n'est pas formé, tant que toutes les volontés des intéressés n'ont pas été réunies.

Dans le cas, au contraire, où le donateur écarte du partage tel ou tel descendant, le contrat prend immédiatement naissance, puisque toutes les volontés dont le concours a été jugé suffisant sont d'ores et déjà groupées. Mais il est frappé d'une nullité absolue (art. 1078 C. civ.) (1).

Seulement, il faut attendre le décès du donateur pour que cette nullité puisse jouer. Si le descendant omis décède avant le donateur, ou si, lui survivant, il renonce à la succession de son ascendant, le partage échappera à toute critique.

Il suit de là que si, après la mort du donateur qui s'est porté fort, un co-partagé attaque le contrat pour omission d'un descendant, il ne pourra plus se prévaloir, comme nous l'avons admis pour l'hypothèse précédente, d'une véritable inexistence

(1) En ce sens : PLANIOL et RIPERT, III, n° 3384 (qui parlent de « nullité radicale » en reprenant l'expression de JAUBERT, *Rapport au Tribunalat*. — LOCRÉ, XI, p. 480). — JAPIOT, *Les nullités en matière d'actes juridiques*. Thèse Dijon, 1909, p. 571.

de la donation. C'est une action en nullité, et en nullité absolue qu'il intentera.

Et cette remarque nous permet, nous semble-t-il, de situer sous son vrai jour la doctrine que nous avons vu la Cour de cassation affirmer dans ses deux arrêts de 1877 et de 1926. L'exception de garantie que l'on oppose au demandeur, du chef de son auteur, vient paralyser une action en nullité absolue *qu'il exerce de son chef*.

138. — Un tel résultat est-il admissible ?

Il n'est pas, à notre avis, de moyen plus efficace d'éprouver la fragilité extrême du système de la Cour de cassation que d'en déduire logiquement les conséquences qu'il comporte.

Admettons donc, avec la Cour de cassation et malgré toutes les objections possibles, que le donateur, en se portant fort, a assumé une obligation indivisible et que cette obligation indivisible est transmise à ses héritiers.

Force alors nous sera de constater que dans ces conditions, *le descendant omis*, dont le donateur porte-fort aura promis l'abs-tention, *ne pourra pas exercer l'action de l'article 1078 C. civ.*, s'il accepte purement et simplement la succession de l'ascendant, car *par le fait de cette acceptation pure et simple il recueillera nécessairement l'obligation indivisible souscrite par son auteur*. Et s'il agit, il se verra opposer par les co-partagés l'exception *quem de evictione*. Il suffira donc dans certains cas, que l'on se porte fort que le descendant omis gardera une attitude passive, pour que l'article 1078 C. civ. reste lettre morte. La Cour de cassation admettrait-elle un tel résultat, qui découle pourtant, par une indéniable nécessité logique, des prémisses qu'elle a posées ? C'est fort peu vraisemblable. On peut conjecturer avec une quasi certitude qu'elle ne consentirait pas à utiliser contre un descendant frustré de ses droits, l'artifice procédural tiré de la garantie. Une habileté de plaideur ne saurait mettre en échec un texte aussi précis, et en même temps aussi fondamental que l'article 1078 C. civ.

Mais, à notre avis, le fait qu'une conséquence aussi incontestablement inadmissible puisse procéder, par un enchaînement nécessaire, du système des arrêts de 1877 et de 1926, emporte condamnation de ce système.

139. — Pour restituer à ces décisions de la Cour de cassation leur véritable sens, il ne faut pas perdre de vue les circonstances de fait auxquelles se référait le problème juridique posé. Ni dans un cas ni dans l'autre, le descendant, à propos duquel la promesse de porte-fort avait été faite, n'avait été, pratiquement, omis. En raison de son état de débilité mentale, il avait été apportionné sous forme de rente viagère, de soins, de dépenses d'entretien, qui vraisemblablement constituaient l'équivalent de la part des biens à laquelle il pouvait prétendre.

Dans l'un et l'autre cas, les obligations assumées par certains donataires au profit du descendant omis avaient été loyalement exécutées. Dès lors, la mise en œuvre brutale de la nullité de l'article 1078 C. civ. eut peut-être procuré une regrettable satisfaction à des demandeurs peu scrupuleux. Notons au surplus que l'annulation du partage d'ascendant, dans l'espèce de 1926, aurait eu une incidence directe sur des aliénations consenties par certains des co-partagés. L'exception de garantie ingénieusement présentée, se trouve ainsi avoir été le moyen technique d'assurer un résultat réclamé par l'équité.

Mais si, par delà ces éléments de fait, on place le débat sur le plan strictement juridique, il faut souligner le caractère hardiment novateur du principe général qui est à la base de l'argumentation de la Cour de cassation : dire en effet que les héritiers ne sont plus aptes à invoquer, *de leur chef*, la nullité qui frappe un acte passé par leur auteur, garant du maintien de cet acte, c'est conférer un pouvoir singulièrement puissant à la dévolution successorale. C'est reconnaître la validité de l'interdiction faite par le *de cuius* à ses héritiers de critiquer un contrat établi en violation de dispositions impératives de la loi. Il est en effet facile d'étendre à d'autres hypothèses la solution proposée

par la Cour de cassation. Imaginons, par exemple, le cas d'un ascendant qui ferait à une tierce personne la donation de tout ce qui compose, pratiquement, son patrimoine, en se portant fort que ses héritiers réservataires ne demanderont jamais la réduction des libéralités à la mesure de la quotité disponible. Opposerait-on à ces réservataires l'exception de garantie ? Paralyserait-on leur action, en prétendant qu'ils ont en fait succédé à l'obligation indivisible, souscrite par leur auteur, de maintenir le contrat de donation, en dépit de l'existence de la réserve légale ? Poser la question, c'est évidemment la résoudre par la négative. Et pourtant la solution affirmative est commandée par la doctrine des arrêts précités de 1877 et de 1926.

A notre avis, malgré la fixité qu'il semble avoir, le système de la Cour de cassation sur le point qui nous occupe, pourrait bien être à la merci d'une demande adressée par un descendant, frauduleusement éliminé d'une donation-partage et qui, sur la base de l'article 1078 C. civ., réclamerait la part héréditaire dont il aurait été injustement dépouillé. Bien qu'ayant succédé à « l'obligation indivisible » que son auteur aurait pu souscrire en se portant fort de son abstention il n'en obtiendrait pas moins l'annulation d'une opération où ses droits auraient été injustement méconnus. Mais alors, toute cette habile construction juridique édiflée sur la notion de garantie révélerait son extrême fragilité.

SECTION III

Troisième hypothèse : La promesse de porte-fort émane des donataires eux-mêmes.

140. L'arrêt de la Chambre civile du 21 juin 1893. — 141. Analyse de la note que Planiol a consacrée à cette décision. — 142. Examen critique de la solution jurisprudentielle : la réciprocité des promesses que se font mutuellement les donataires porte-forts entraîne leur neutralisation, mais n'interdit nullement à chacun d'invoquer l'inexistence d'un contrat qui ne s'est pas formé. — 143. Conclusion.

140. — Reste une dernière forme que peut prendre la promesse de porte-fort : celle-ci émane, non plus d'une tierce per-

sonne, non plus du donateur, mais elle est l'œuvre des donataires.

Ici encore, par un arrêt du 21 juin 1893 (1), la Cour de cassation a adopté une argumentation qui aboutit, pratiquement, au maintien du contrat.

Voici les circonstances de fait : une veuve Colas avait fait donation à ses trois descendants de ses biens propres, et comme condition expresse de cette libéralité, elle avait effectué entre les donataires, le partage tant des biens donnés que de ceux dépendant de la succession de son mari prédécédé dont les donataires étaient héritiers. Deux d'entre eux avaient accepté, tant en leur nom personnel, qu'au nom et comme se portant forts conjointement et solidairement pour leur oncle « qui ne jouissait pas de toutes ses facultés intellectuelles ». La donatrice mourut, sans que l'acceptation régulière eut été obtenue. Un des donataires étant tombé en faillite, le syndic demanda la nullité et réclama le partage régulier de l'ensemble des successions auxquelles le failli était intéressé.

La Cour de Riom (2) fit droit à la demande, en se basant notamment sur ce que « la déclaration des donataires n'avait pu équivaloir à l'acceptation personnelle, ou par fondé de pouvoirs qu'exigent les articles 932 et 933 C. civ. ».

Cet arrêt fut cassé. La Chambre civile ne déniait pas que la clause de porte-fort « n'eut pas la valeur de l'acceptation du donataire intéressé », mais déclara-t-elle, « la donation n'en renfermait pas moins la promesse, licite en soi, de faire ratifier et approuver par qui de droit la donation restée imparfaite. Dès lors, l'inexécution de cette promesse rendait celui qui l'avait faite passible de dommages-intérêts, et, *par voie de conséquence, non recevable à attaquer la donation pour défaut d'acceptation* ».

(1) Civ., 21 juin 1893. D. P. 94.1.201, note PLANIOL ; S. 94.1.17 note TISSIER.

(2) Riom, 23 avril 1891. Rapporté au Répertoire pratique du Notariat et de l'Enregistrement, n° 6180.

141. — Le raisonnement juridique ne se laisse pas très clairement apercevoir à travers les formules extrêmement denses, où il se trouve enfermé. Mais pour en saisir l'ordonnance et l'enchaînement, il suffit de lire la note, particulièrement remarquable par la vigueur et la puissance de l'analyse, où Planiol a reconstitué la doctrine de l'arrêt. En voici la substance :

La clause de porte-fort a constitué des débiteurs : les auteurs mêmes de la promesse. « Mais où est le créancier ? L'arrêt de cassation ne contient à cet égard aucune indication, la Cour paraissant avoir considéré comme évident que cette clause avait pour effet de lier les donataires les uns envers les autres. Ce qui est à démontrer ». « On peut en effet supposer le cas où l'ascendant, dans le désir d'abandonner l'administration trop lourde de ses biens, aurait un intérêt personnel à réaliser la donation. Le procédé de l'acceptation par un porte-fort permettrait alors de « former le lien conventionnel de donateur à donataire ». Le créancier de la promesse serait, dans cette hypothèse, le donateur lui-même.

En fait, ce « n'est pas ainsi que la convention des parties a été interprétée. On l'a traitée comme liant les donataires les uns envers les autres ».

Mais, lors même que l'on envisage les choses sous cet angle, deux combinaisons sont possibles :

1^o Ou bien, c'est « un des donataires présents qui promet à l'autre d'obtenir l'adhésion d'un troisième, qui est absent ». Dans ce cas, le promettant est tenu d'indemniser le stipulant, à raison du dommage « qu'il subit par la caducité de la donation manquée ».

2^o Ou bien ce sont « les donataires présents qui prennent les uns envers les autres ce même engagement d'une façon réciproque. »

Mais alors « la convention perd la plus grande partie de son utilité, sa réciprocité la neutralise et lui enlève son effet principal, la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts pour son inexécution. Il s'agit en effet d'un fait indivisible que tous les

contractants sont en état de réaliser, les uns aussi bien que les autres ; chacun d'eux y a un intérêt semblable et chacun en est tenu. Il en résulte qu'aucun d'eux n'a le droit de reprocher aux autres l'inexécution de leur obligation commune, car le reproche se retournerait immédiatement contre celui qui le formulerait. L'identité des prestations réciproquement dues produit un équilibre qui, s'il n'est pas une compensation comme celle des créances d'argent, protège néanmoins chaque donataire contre les réclamations des autres ».

« Ainsi se justifie, dit Planiol, la solution donnée par la Chambre civile ».

142. — Malgré la haute autorité de l'arrêtiste, nous ne laissons pas de concevoir un doute sérieux quant à l'exactitude de la décision rendue. Nous craignons en effet que la Chambre civile n'ait tiré de la promesse de porte-fort plus d'effets qu'elle n'en peut normalement produire.

La démonstration de Planiol met en un relief saisissant l'impossibilité où chaque donataire se trouve de réclamer une indemnité, à raison du défaut d'acceptation de la donation. Si, en effet, il est créancier, il est en même temps débiteur, et dans des proportions absolument identiques

Mais, à notre avis, la compensation des créances et des dettes que ce défaut d'acceptation a fait naître sur la tête de chaque donataire, à la fois promettant et stipulant, n'empêche nullement chacun des intéressés de se prévaloir de « l'imperfection » de la donation elle-même. Elle paralyse seulement l'effet normal de l'inexécution du fait promis, selon la théorie classique, de la survenance de la condition, qui suspendait le droit à indemnité, selon l'explication que nous avons proposée. Chaque donataire ne saurait se prévaloir du titre de créance qu'il délient, car il se verrait opposer par chaque défendeur un titre de créance égal. Mais ce n'est pas parce que la promesse de porte-fort proprement dite se trouve être de nul effet que l'intervention de chaque promettant a pu donner à la donation elle-

même une valeur qu'elle n'a pas. Il nous faut appliquer ici les solutions que la Cour de cassation elle-même a proposées dans le cas où l'acceptation de la donation émane d'une personne sans qualité. L'indivisibilité du partage d'ascendant l'empêche de prendre naissance, tant que le faisceau de tous les consentements nécessaires n'est pas réuni (1).

On peut fixer dans l'argumentation de Planiol le point exact où il établit la liaison entre l'impossibilité de réclamer l'indemnité et l'impossibilité d'invoquer la nullité du contrat de donation : « la réciprocité (de la convention) la neutralise et lui enlève son effet principal, la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts... *Il s'agit en effet d'un fait indivisible.* »

C'est précisément cette affirmation qu'il s'agit d'un fait indivisible qui nous semble contestable.

Admettons, comme le fait Planiol, que la promesse de portefort soit une obligation de faire (2). En l'espèce, elle n'est restée *telle* que jusqu'au moment où l'acceptation de la donation a pu avoir lieu, c'est-à-dire jusqu'au décès du donateur. A partir de ce moment précis, elle n'a plus été susceptible d'une exécution, puisque le contrat de donation « resté imparfait » —, (et qui, en dernière analyse, n'était qu'une offre) — a été frappé de caducité. Et elle s'est alors « résolue », selon la terminologie de l'article 1142 C. civ., en une créance de dommages-intérêts. A compter du jour du décès du donateur, chaque donataire qui avait concouru au partage d'ascendant, n'avait plus aucune obligation de faire, relativement à un contrat qui aurait pu exister, mais qui, en réalité, n'avait pas existé, et qui désormais ne pouvait plus exister. Il était simplement débiteur de l'indemnité dont parle l'article 1120 C. civ., mais comme, aux termes de la convention, il était stipulant en même temps que promettant, sa dette avait son équivalent dans une

(1) V. *supra*, nos 123 et 124.

(2) La démonstration qui va suivre sera de toute évidence valable *a fortiori*, si l'on accepte la théorie d'après laquelle la promesse de portefort est un contrat indemnitaire.

créance égale. Une compensation générale des créances et des dettes des donataires s'est alors opérée. Mais il ne s'agit pas là d'une simple manière de compensation dans le genre de celle dont a parlé Planiol, entre des faits dont chaque donataire aurait été à la fois débiteur et créancier. Il convient de parler de la compensation, selon le Code civil (art. 1289) entre des sommes d'argent : les diverses créances et dettes indemnitaires auxquelles avait donné naissance le défaut d'acceptation.

143. — Nous aboutissons ainsi à la même conclusion que lorsque nous avons envisagé l'hypothèse de l'acceptation d'un partage d'ascendant par une personne sans qualité : pas plus dans un cas que dans l'autre, le contrat de donation n'a été réellement formé, et ne saurait donc être maintenu, puisqu'on ne peut préserver que ce qui existe (1). La seule différence à mettre en valeur est que la promesse de porte-fort ne saurait pratiquement provoquer le versement d'une indemnité, quand les donataires se la donnent les uns au bénéfice des autres, à raison de la compensation qui s'opère alors entre les créances et les dettes respectives qu'elle engendre.

(1) En ce sens : TISSIER, dans la note précitée qu'il a consacrée à l'arrêt que nous critiquons (S. 94.1.17) : « Dans aucun cas, on ne peut l'empêcher (le donataire) de tenir la donation pour *inexistante*. Il ne s'agit pas d'une donation imparfaite, mais d'une donation qui n'existe pas. Il n'y a qu'une offre qui n'a pas été acceptée. » Et plus loin : « La promesse du porte-fort ne peut remplacer la solennité exigée par la loi pour l'existence de la donation : la garantie qu'il doit ne peut être qu'une garantie particulière. Les parties ne peuvent donner à la clause un effet plus étendu, en faire une renonciation au droit de se prévaloir de l'inexistence de la donation ».

CHAPITRE III

De la constitution d'hypothèque par un porte-fort.

144. Malgré l'incompatibilité apparente de la solennité du contrat et de l'intervention d'un porte-fort, la Cour de cassation a jugé que « le titre générateur du droit hypothécaire » n'est pas l'acte de ratification, mais l'acte qui émane du porte-fort. — 145. Confirmation que cette solution jurisprudentielle apporte à la théorie, précédemment proposée, du contrat pour autrui. — 146. Raisons pour lesquelles le formalisme du contrat d'hypothèque ne s'oppose pas à la formation immédiate, par un porte-fort, d'un rapport juridique susceptible de ratification ultérieure.

144. — Rationnellement, la constitution d'une hypothèque devrait offrir à l'activité d'un porte-fort, des possibilités au moins égales à celles qu'il trouve dans le contrat de vente : en lui même, l'acte par lequel un débiteur confère à son créancier un droit réel sur un immeuble présente un caractère de gravité moins accentué qu'une aliénation définitive. Il semblerait donc naturel de reconnaître au porte-fort la faculté d'établir une hypothèque sur l'immeuble du tiers qu'il représente, aussi bien que le pouvoir d'opérer le transfert virtuel de la propriété elle-même.

Mais notre ancien droit a exercé ici une influence directe : pour des raisons historiques, le contrat d'hypothèque ne bénéficie pas du consensualisme de la vente (1). Il figure parmi les con-

(1) Sur ces différents points v. notamment : PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, XII, nos 446 et 447.

trats solennels. L'article 2127 C. civ. a octroyé au notariat, en cette matière, un véritable monopole.

Une telle entrée en scène de la notion de formalisme semble imposer, par nécessité logique, l'abandon des conclusions *a priori* que l'on tire normalement d'un parallèle entre la vente et la constitution d'hypothèque. En revanche, les enseignements que procure l'étude du contrat de mariage et du partage d'ascendant, paraissent destinés à recevoir ici une application rigoureuse : qu'importe qu'un représentant sans pouvoirs soit à même d'aliéner le bien d'un tiers, si, en matière d'hypothèque, sa manifestation de volonté, pour être génératrice d'effets juridiques, doit être précédée d'une habilitation en règle ? Pour identité de motifs, ne doit-on pas aboutir aux mêmes résultats ? Ne doit-on pas décider que le contrat d'hypothèque n'a même pas pu se former ?

La réponse affirmative à cette dernière question ne souffre apparemment aucun doute. Or, la Cour de cassation a, sans ambages, tranché le débat dans le sens contraire : elle a admis qu'un porte-fort pouvait constituer une hypothèque sur l'immeuble d'un tiers, et que l'acte devait simplement être complété par une ratification.

Un arrêt de la Chambre des requêtes du 3 août 1859 (1) est extrêmement net : « Attendu que la ratification d'un acte dans lequel un tiers avait agi, pour un mineur, en se portant fort pour lui, produit *le même effet que si cet acte avait été fait par une personne capable de s'obliger...* que l'acte et le droit hypothécaire ne naissent pas de l'acte de ratification mais *de l'acte ratifié*, qu'ainsi l'obligation et l'hypothèque inscrite sont validées par la ratification... »

Et un arrêt de la Chambre civile du 13 décembre 1875 (2) est plus significatif encore : « Attendu qu'on peut se porter fort pour un autre ; *qu'on peut conférer, en cette qualité, hypothèque*

(1) D. P. 1859.1.419 ; S. 1859.1.801.

(2) D. P. 1876.1.97, note GARSONNET ; S. 76.1.273.

sur les biens de celui qu'on oblige sauf ratification... Attendu que l'arrêt attaqué en déclarant que l'acte de ratification était le titre générateur du droit hypothécaire lui-même... a méconnu et violé... la loi. »

145. — Ces deux décisions, la seconde surtout, offrent, au regard même de notre sujet, une importance qu'on ne saurait trop mettre en évidence, car elles nous paraissent apporter à la théorie du contrat pour autrui, que nous avons proposée, une précieuse confirmation. Qu'on le remarque bien : la Cour de cassation n'a eu recours à aucun biais, à aucun artifice, pour maintenir le contrat conclu par le représentant sans pouvoirs. Elle n'a pas fait jouer la clause de porte-fort elle-même. Elle n'a pas introduit une notion de garantie, rebelle à l'analyse. Elle a abordé de front, et d'après les données dont nous nous sommes servi nous-même, le problème de la valeur juridique du contrat pour autrui.

Et sa solution ne prête à aucune équivoque : bien que dépourvu d'habilitation, le représentant n'en a pas moins formé un contrat, puisque c'est l'acte qu'il a passé qui constitue le *titre générateur* du droit hypothécaire. Pour avoir été étayé sur la thèse contraire, l'arrêt attaqué a été cassé.

Sans doute, les décisions précitées ne se réfèrent pas à une conception du contrat pour autrui, qui soit même voisine de celle que nous avons adoptée. On peut conjecturer avec la plus grande vraisemblance que la Cour de cassation n'a pas, en cette circonstance, abandonné le système d'après lequel la ratification est un mandat conféré après coup. Mais ce que nous voudrions souligner, c'est que, à notre avis, le *résultat* admis par la Cour de cassation ne peut logiquement s'expliquer que si l'on met en œuvre la théorie du contrat virtuel. Comment une offre, comment même un avant-contrat pourraient-ils être considérés comme le titre générateur d'un droit hypothécaire ? Dès lors qu'on reconnaît qu'un titre a été créé, avant la ratification, on reconnaît du même coup que l'intervention d'un représentant

sans pouvoirs a pu aboutir à la conclusion immédiate d'un contrat. L'arrêt de 1875 déclare d'ailleurs qu'on peut, en se portant fort « conférer... hypothèque sur les biens de celui qu'on oblige ». Ce n'est pas forcer le sens d'une telle phrase que d'y voir la confirmation de la thèse générale d'après laquelle la volonté d'un représentant non habilité engendre, par elle-même, des conséquences juridiques et participe directement à la formation du rapport de droit qui est destiné à lier le co-contratant au tiers représenté (1). La ratification qui survient ne s'analyse pas en un mandat dont le porte-fort serait censé avoir été muni dès le moment de son intervention. Elle ne donne pas naissance au contrat d'hypothèque. Ce dernier *préexiste*, puisque, aux termes mêmes de l'arrêt, le titre du créancier hypothécaire est antérieur à la ratification.

146. — Mais alors, dira-t-on, comment est-il possible de concilier une telle solution avec le formalisme qui régit le contrat? Puisqu'il est sans pouvoirs, le porte-fort ne saurait évidemment être porteur de la procuration authentique et spéciale que l'on exige du mandataire d'un débiteur qui constitue une hypothèque. Comment, dès lors admettre qu'il puisse, de son propre mouvement, former le contrat?

Il faut évidemment retenir, comme extrêmement curieux, le fait que la théorie d'un contrat virtuel, préexistant à la ratification, reçoive la justification la plus nette d'une jurisprudence qui s'est élaborée, à propos d'un acte solennel. Comme nous l'avons noté plus haut, l'extension des conclusions que suggère l'examen du contrat de mariage ou du partage d'ascendant, semble commandée par des nécessités logiques. Pourtant la singularité que nous venons de signaler n'est qu'apparente.

Abstraction faite de ses origines historiques, le formalisme du contrat d'hypothèque ne se justifie pas par les mêmes raisons que le formalisme du contrat de mariage ou des donations.

(1) V. *supra*, n° 34.

Dans ces deux derniers cas, c'est le consentement même des parties qui a été estimé nécessaire ou qui a été entouré de tout un système de mesures protectrices. Le législateur a voulu que le règlement des intérêts pécuniaires qu'une union projetée mettait en jeu fut l'œuvre des futurs époux eux-mêmes. Par ailleurs, il ne paraît pas douteux que la solennité à laquelle sont soumises les libéralités entre vifs réponde au souci légitime d'enserrer du maximum de garanties les déclarations de volontés réciproques des contractants.

En matière hypothécaire, de telles préoccupations n'ont pas leur raison d'être. L'opération à laquelle les parties procèdent est dominée par des éléments d'ordre économique. La personnalité même des parties joue un rôle effacé : il s'agit avant tout d'assortir une créance de sûretés qui rendent le paiement moins incertain. L'authenticité prescrite intéresse surtout le crédit, en réduisant au minimum les chances de malfaçon des actes constitutifs d'hypothèque.

Cela est si vrai, que, s'agissant de l'acceptation et non plus de la constitution d'une hypothèque, la jurisprudence admet qu'un simple mandat verbal suffit (1). Peut-on plus manifestement reconnaître que le formalisme ne concerne pas ici le consentement des contractants ?

(1) Req., 3 nov. 1903. D. P. 1906.1.529 ; S. 1909.1.389. En ce sens, PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, XII, n° 450. — AUBRY et RAU, III, § 266, p. 465, texte et note 51. — BAUDRY-LACANTINIERE et DE LOYNES, II, n° 1416. — GUILLOUARD, II, n° 1001.

Cette atténuation du formalisme entraîne d'ailleurs, dans la pratique, des conséquences fort importantes, puisqu'en cas d'émission d'obligations par une Société, elle permet la constitution d'hypothèques avant la souscription même des titres. A cet égard, il convient de noter que l'on a eu recours à la notion de gestion d'affaires pour étayer, sur une base juridique, de semblables opérations (V. l'exposé critique des différents systèmes proposés dans HOUPIIN et BOSVIEUX, *Traité général des Sociétés civiles et commerciales et des Associations*, I, n° 599). Mais il nous faut noter, en même temps qu'il s'agit là d'une gestion d'affaires *utile*, dont les résultats ne dépendent, en aucune manière, de la ratification subséquente des obligataires. La mise en œuvre de la promesse de porte-fort, en cette matière d'acceptation d'hypothèque, ne pourrait être qu'une

Vue sous ce jour, la solution donnée par la Cour de cassation au problème que soulève la constitution d'une hypothèque par un simple porte-fort, s'explique aisément. Même démuné de pouvoirs, un représentant peut former le contrat et conférer d'ores et déjà un titre au créancier, dès lors que la solennité imposée par la loi n'a pas été organisée principalement en vue d'une manifestation régulière des volontés, mais s'analyse bien plutôt dans la constatation authentique d'une dation de sûretés réelles en garantie du paiement d'une créance (1).

source de complications et d'incertitudes, si l'on admet la théorie, précédemment exposée (nos 6 et 57) selon laquelle l'engagement du porte-fort impliquerait la nécessité d'une ratification, quelle que soit l'utilité de la gestion.

(1) La ratification de l'acte par lequel un gérant d'affaires a constitué une hypothèque pose un délicat problème : il s'agit de déterminer dans quelle mesure cette ratification est rétroactive. Nous n'avons pas cru cependant devoir consacrer à cette question une étude spéciale, car, en raison de l'analogie des situations juridiques, il suffit, à notre avis, d'utiliser, en les transposant, les solutions qui ont été élaborées à propos de la ratification d'un contrat de vente conclu par un représentant sans pouvoirs (v. *supra*, nos 94 et s.).

Par une application strictement logique du système qui repose sur une assimilation (quant à la rétroactivité, tout au moins) de la ratification et de la confirmation (v. *supra*, n° 95) la Cour de cassation, dans son arrêt précité du 13 décembre 1875 a admis « que l'inscription prise en vertu de l'acte constitutif de l'hypothèque produisait effet du jour de sa date, *vis-à-vis des créanciers qui n'avaient pas pris d'inscription valable avant la ratification.* »

Pour des raisons analogues à celles qui ont été déjà développées (v. *supra*, n° 98 et 99) nous ne croyons pas que cette décision soit à l'abri de toute critique. Sans doute, le contrat d'hypothèque est l'œuvre de la volonté du cocontractant et du représentant sans pouvoirs, mais il ne faut pas oublier, par ailleurs, que l'approbation du tiers exerce, sur l'opération qui a été réalisée, une influence décisive : c'est d'elle que le sort de cette opération dépend. Dès lors, il ne nous semble pas que le besoin de sécurité qui anime toute l'organisation de la publicité, en matière hypothécaire, reçoive une satisfaction suffisante, si l'on exige, comme seule manifestation sensible du contrat à l'égard des tiers, l'inscription prise en vertu d'un acte émanant d'un simple porte-fort. Seule, l'inscription prise tout à la fois en vertu du contrat constitutif et de l'acte sub-séquent de ratification, nous paraît comporter toutes les garanties vou-

jues (En ce sens : BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, II, n° 1310, I).

On nous objectera sans doute que, dans ces conditions, l'existence que nous avons reconnue au contrat avant la ratification devient absolument illusoire, purement nominale. Nous n'en disconviendrons pas et nous ne chercherons pas à dissimuler le caractère purement théorique de l'étude qui vient d'être faite de la constitution d'hypothèque par un simple portefort. Les arrêts que nous avons relevés sont déjà anciens et les notaires ont vu s'accroître si lourdement, depuis lors, leur responsabilité professionnelle que, selon toute vraisemblance, ils refuseraient aujourd'hui de prêter leur concours à des actes de la nature de ceux que nous venons d'analyser. Les enseignements que nous procurent les recherches poursuivies à travers le présent chapitre, ont, avant tout, une valeur démonstrative : pour parachever l'expérimentation que nous avons tentée de la théorie, précédemment proposée, du contrat pour autrui, il nous a paru intéressant de souligner que la confirmation la plus nette de notre conception d'un contrat préexistant à la ratification nous était fournie par la jurisprudence, dans une matière régie par le formalisme.

ESSAI D'UNE SYNTHÈSE DES RÉSULTATS OBTENUS

147. La théorie précédemment proposée, du contrat pour autrui et les données jurisprudentielles. En matière de contrats consensuels avec promesse de porte-fort : accord des résultats consacrés par la jurisprudence et de la notion d'un contrat préexistant à la ratification. En matière de contrats solennels : impossibilité pour un représentant sans pouvoirs de concourir à l'élaboration d'un rapport de droit, chaque fois que le formalisme s'applique aux déclarations de volontés elles-mêmes.

147. — La vérification expérimentale, à laquelle il était nécessaire de procéder, est terminée : il convient d'essayer d'en synthétiser les résultats.

L'examen des contrats de type consensuel les plus fréquemment assortis de la promesse de porte-fort n'a, en aucune manière, infirmé la théorie proposée. Sous les formes les plus variées, on a pu voir se manifester l'existence d'un rapport de droit, antérieur à la ratification. En dépit de l'absence de pouvoirs chez le représentant, le contrat est animé d'une vie propre, avant même que le tiers représenté n'ait donné son approbation.

Il nous suffira de relever les faits les plus saillants. En matière de vente, la jurisprudence a admis la recevabilité d'une action en résolution pour défaut de paiement du prix, alors que l'échéance précédait la ratification. En matière de partage, elle

a estimé que les co-partageants étaient, en quelque sorte, prisonniers de leur accord et devaient attendre que les co-indivisaires non présents à l'acte fissent connaître leur décision.

L'étude des contrats solennels nous a fourni — et cela n'a rien que de très normal — des enseignements plus complexes et plus nuancés.

En ce qui concerne le contrat de mariage, on se trouve en présence de conclusions extrêmement nettes : l'intervention d'un représentant non habilité est dénuée de la moindre efficacité. Faute de satisfaire à des exigences formelles bien précises, son activité aboutit au pur néant.

S'agissant de l'acceptation de donations-partages, les décisions judiciaires sont loin de présenter la même concordance : en thèse générale, il reste vrai que l'inobservation des formes prescrites enlève tout effet à l'agissement d'un porte-fort ; mais on a vu la jurisprudence maintenir le contrat, ou plus exactement la situation de fait issue du contrat, quand la promesse de porte-fort émane soit du donateur, soit de certains co-partagés. La mise en œuvre d'une subtile notion de garantie a permis ce résultat dont nous avons, au surplus, contesté l'exactitude. Simple artifice d'ordre procédural, d'ailleurs, et qui n'empêche pas la solution de principe adoptée en matière de partage d'ascendant, de rejoindre la solution qui s'est imposée avec force en matière de contrat de mariage. Dans aucun de ces deux cas, un simple porte-fort ne réussit à former un rapport juridique entre le co-contractant et le tiers qu'il prend l'initiative de représenter.

Ici donc, la théorie, précédemment proposée, du contrat virtuel est en défaut, mais ce désaveu que lui infligent les faits n'est, en aucune manière, de nature à l'ébranler. Elle a été simplement présentée, en effet, comme une sorte de prototype idéal, un système de référence présupposant cette liberté dans les créations juridiques qui procède du seul consensualisme. Il résulte des données mêmes du problème, telles qu'elles ont été initialement posées, qu'aucune restriction particulière ne venait

entraver les agissements spontanés d'un représentant démuné de pouvoirs. Or, en matière de contrat de mariage et de partage d'ascendant, une réglementation sévère a pour effet d'altérer les conditions primitivement envisagées. L'activité d'un représentant reçoit des limitations. Celui-ci ne peut agir que s'il est habilité selon certaines formes. Sa déclaration de volonté est impuissante à créer quoi que ce soit, si elle n'est précédée de la déclaration de volonté, solennellement constatée, de celui au nom duquel il agit. Juridiquement elle n'a aucune valeur. Par voie de conséquence nécessaire, aucun contrat ne se forme. Mais l'inhibition dont la volonté du représentant se trouve frappée, par la mise en jeu du formalisme dans certaines circonstances données, n'est pas susceptible de détruire une théorie d'ordre général, *qui a été proposée comme telle*.

Pour ce qui est de la constitution d'hypothèque par un simple porte-fort, la jurisprudence s'est orientée dans une direction diamétralement opposée à celle que paraissait indiquer la solennité de l'acte. Et même, par un phénomène curieux dont nous avons tenté de démêler les raisons, c'est à propos d'un contrat dominé par le formalisme qu'elle a le plus explicitement reconnu l'existence d'un rapport juridique antérieur à la ratification. Selon ses propres affirmations, c'est l'intervention du porte-fort qui crée le titre générateur de l'hypothèque. Comme nous l'avons noté, la solennité est ici organisée principalement en vue de la constatation même de l'accord des parties. L'appareil des formes prescrites n'est pas destiné à conférer la puissance créatrice d'effets de droit aux déclarations de volonté elles-mêmes.

Dès lors, en présence des résultats qui viennent d'être analysés, et groupés, nous nous croyons fondé à formuler les conclusions suivantes, qui confirment celles qui avaient été déduites *a priori* :

Un représentant sans pouvoirs, et qui se porte fort de les recevoir ultérieurement sous forme de ratification, est capable, par sa déclaration de volonté, de former d'ores et déjà, en accord avec un co-contractant (par ailleurs bénéficiaire de sa

promesse), un rapport de droit direct entre ce co-contractant, et le tiers au nom duquel il agit.

Le contrat ainsi établi n'est pas nul, car il est inopposable au tiers représenté qui peut, en toute indépendance, refuser de se l'approprier et n'a même pas à le faire anéantir par les moyens judiciaires. Il est simplement virtuel et susceptible de devenir définitif par l'approbation que pourra lui donner le tiers intéressé. Mais comme il préexiste à la ratification, il prend date, au cas d'approbation, au jour où il a été réellement conclu.

Toutefois, lorsque, dans un contrat solennel, la déclaration de volonté d'un représentant n'est pourvue de l'efficacité voulue et ne peut juridiquement être considérée comme existante que si le représenté a donné préalablement pouvoir, selon les formes requises, aucun rapport de droit ne saurait prendre naissance à la suite de l'agissement spontané d'une personne non habilitée. En de telles hypothèses et sous l'influence de réglementations restrictives des libres créations juridiques, aucun contrat ne se forme : l'intervention d'un représentant sans pouvoirs ne saurait engendrer que des situations de fait.

IV

DU CONTRAT POUR AUTRUI, AVEC PROMESSE DE PORTE-FORT, AU DOUBLE POINT DE VUE D'UNE FRAUDE POSSIBLE A LA LOI ET DE LA LICÉITÉ DE L'ENGAGEMENT MÊME DU PORTE-FORT

148. Double problème à envisager. — 149. Le contrat pour autrui avec promesse de porte-fort ne comporte pas les éléments constitutifs d'une fraude à la loi. — 150. Licéité, en général, de la promesse de porte-fort. — 151. Cas où l'opération conclue par un porte-fort encourt le reproche d'illicéité.

148. — Au cours de toutes les explications qui précèdent, le débat est demeuré sans cesse sur le plan de la pure technique juridique ; nous avons essayé, en définitive, de mesurer la puissance créatrice de volontés autonomes, dans certaines conditions données. Mais la technique ne saurait offrir, par elle-même, aux contractants, que les procédés appropriés à un résultat cherché ; elle ne saurait leur garantir la survenance de l'effet qu'ils ont en vue. D'autres normes, d'un ordre plus élevé, régissent l'activité juridique ; le droit ne saurait attacher sa sanction à un accord qui présenterait un caractère illicite, ou qui comporterait une atteinte à la morale. Or, le contrat pour autrui, avec promesse de porte-fort, nous paraît poser, à ce point de vue, deux importants problèmes que nous énoncerons ainsi : 1^o le contrat ainsi conclu ne serait-il pas suscep-

tible de constituer, dans certains cas, une fraude à la loi ?
2^o l'engagement même du porte-fort est-il licite ?

Nous voudrions les examiner successivement.

149. — I. L'observation des faits nous a montré que, la plupart du temps, c'est un tuteur qui passe pour le compte de son pupille un contrat qui, en raison de sa nature, exigerait d'autres formes. Prenons l'exemple classique de la vente : l'aliénation d'un bien pupillaire devrait, pour être régulière, être faite selon les prescriptions des articles 457 et suivants C. civ. Pour échapper à tout cet appareil de formalités, le tuteur procède à une vente à l'amiable, en se portant fort qu'à la majorité de l'intéressé, la ratification sera obtenue. N'y aurait-il pas là un cas de *fraude à la loi* ? (1)

Remarquons tout d'abord qu'il s'agit là d'un cas « d'éviction de la loi par la loi même, et à l'aide de son propre texte » (2). En procédant de la manière qui vient d'être indiquée, le tuteur est resté dans le cadre des dispositions légales : il a agi pour le compte du pupille, sous condition d'une ratification subséquente (art. 1998 C. civ.) et il s'est porté fort que cette ratification aurait lieu (art. 1120 C. civ.). Il a ainsi utilisé certains moyens que la loi mettait à son service, pour échapper à certaines contraintes que d'autres dispositions de cette même loi faisaient peser sur lui. A l'égard des articles 457 et suivants C. civ., il a commis, en quelque sorte, un simple manquement par omission.

Cela ne suffit pas pour qu'il se soit rendu coupable d'une fraude. En réalité, il s'est borné à faire un choix entre diverses formes qui s'offraient à lui. En vue de la réalisation d'une opé-

(1) Sur cette notion de fraude à la loi, v. notamment : RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, n^o 173 et s. — JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, n^o 171 et s. — DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, Thèse Paris, 1927.

(2) JOSSERAND, *op. cit.*, n^o 180.

ration donnée, une loi impérative, et qui est incontestablement d'ordre public, lui imposait une procédure minutieusement organisée. Mais, par ailleurs, une combinaison lui permettait d'éviter ces longs détours : il a pris la voie plus périlleuse, mais plus rapide, dont il trouvait le tracé dans la loi même.

Pour qu'il y eut fraude, il faudrait que l'opération eût été inspirée par une intention coupable (1). « Ce n'est pas nécessairement commettre une fraude et s'inspirer d'un mobile illicite, que de s'efforcer de conjurer l'application d'une loi, fût-elle d'ordre public ; il faut encore porter atteinte à la « morale juridique » ; « la fraude est située au confluent de la morale et du droit » (2). Or, dans le cas du tuteur qui ne suit pas les prescriptions de la loi, en vue de parvenir à un certain but, la volonté coupable qui donnerait à son agissement un caractère frauduleux, ne se rencontre pas. Ce n'est pas encourir la suspicion d'immoralité, beaucoup s'en faut, que de s'efforcer d'échapper, *par des moyens légaux*, aux inconvénients d'un formalisme encombrant (3). Est-ce la faute du tuteur si les mesures que le législateur a prescrites au profit des incapables se retournent contre les incapables eux-mêmes (4) ? Et l'expérience ne démontre-t-elle pas que des nécessités pressantes peuvent, seules, contraindre les intéressés à déclencher tout le lourd et coûteux appareil du partage judiciaire ?

(1) La fraude à la loi se trouve être ainsi la combinaison de deux éléments, l'un matériel (la violation des formes) l'autre intellectuel (l'intention coupable). — V. sur ce point DESBOIS, *op. cit.*, n° 1 et s. (v. également les n°s 5 et 6 où il est procédé à l'examen critique de la théorie purement objective et de la théorie purement subjective de la fraude à la loi).

(2) JOSSERAND, *op. cit.*, n° 189.

(3) Cf. RIPERT, *op. cit.*, n° 176 : « De même qu'il n'y a pas abus du droit là où le droit peut-être arbitrairement exercé, de même il n'y a pas de fraude à la loi là où on a le choix entre des règles et des formes juridiques. Il importe peu que règles et formes soient impératives, si le commandement n'est pas dicté par le respect de la loi morale ».

(4) A propos de l'organisation des incapacités M. RIPERT, *op. cit.*, n° 50, écrit : « La règle légale, parce qu'elle est générale, tombe quelquefois à faux. Elle protège mal ou trop ».

Aussi bien, la fraude, lors même qu'elle existerait, ne pourrait-elle entrer en ligne de compte que si elle causait préjudice au mineur que le tuteur n'a pas représenté dans les conditions voulues par la loi. Or, le mineur trouve, dans l'inopposabilité de l'acte qui a été fait en son nom, la plus complète, la plus efficace des protections. Lors même que l'on ne considérerait pas le contrat comme virtuel, mais annulable, le mineur pourrait recourir à cette annulabilité, comme au plus simple et au plus opérant des moyens de défense (1). A supposer même qu'il soit répréhensible, l'agissement du tuteur s'attire inéluctablement une sanction. Le procédé pour lequel il a opté était certes plus expéditif, mais il était aussi beaucoup moins sûr. L'observation des formes prescrites était le seul moyen d'aboutir à un acte inattaquable. Il ne faut pas oublier, au surplus, qu'en se portant fort de la ratification du mineur, le tuteur a assumé les risques de l'opération. Non seulement, il conclut un contrat qui, par sa contexture même, réserve les droits du mineur, et, de la sorte, échappe à la critique, mais encore il s'engage, envers le co-contractant, à l'indemniser de tout le dommage

(1) Aussi nous semble-t-il fort exagéré de dire, comme le fait un jugement du Trib. Civ. de la Seine du 10 mars 1927 (D. H. 1927.312) « qu'il est du devoir impérieux du tuteur de s'opposer à toute aliénation conçue sous une forme différente de celle que la loi impose. » En l'espèce, il est vrai, la personne pour laquelle on s'était porté fort était interdite et comme nous l'exposons plus loin (cf. *infra*, n° 151) on peut se demander jusqu'à quel point il est licite de promettre la ratification d'un aliéné dont la guérison est improbable. Il n'en demeure pas moins qu'en thèse générale, on ne saurait considérer le procédé du contrat pour autrui comme constitutif, en lui-même, d'une fraude à la loi par cela seul qu'il est utilisé au profit des incapables. Cf. RIPERT, *op. cit.*, n° 177 : « Etendre l'application de la fraude à la loi à toutes les hypothèses où une personne se propose d'éluder l'application d'une loi impérative, serait une doctrine dangereuse, parce qu'elle demanderait compte aux sujets de droit des motifs de leur obéissance à la loi. Le législateur et le juge peuvent seulement exiger l'obéissance. La théorie de la fraude à la loi n'a de sens que si on donne à cette expression sa valeur morale. Frauder la loi n'est pas en écarter l'application par un moyen légal, c'est en éluder l'observation dans les cas où on avait le devoir de la respecter. »

que pourra causer le défaut de ratification. De la sorte, les intérêts en présence reçoivent respectivement satisfaction.

Toute cette argumentation peut, il est vrai, s'attirer une réplique : le raisonnement, pourrait-on dire, n'est que théoriquement exact. Il reçoit pratiquement un désaveu des faits eux-mêmes. La personne dont la ratification est attendue, est, sinon juridiquement, du moins moralement, tenue « de faire honneur à l'engagement assumé par le porte-fort, en sorte que la situation n'est plus entière pour elle et que sa liberté se trouve, en fait, singulièrement réduite » (1). En réalité, le mineur pour le compte duquel a agi le tuteur est contraint de s'approprier l'opération. Pour épargner à l'auteur de la promesse le versement d'une indemnité, le mineur représenté ne refuse pas sa signature, quelque désastreuse que puisse être pour lui l'opération conclue. Un tel résultat peut-il être admis ? Poser cette question, c'est évoquer le second problème que nous avons énoncé : la promesse de porte-fort est-elle licite ?

150. — II. Abstraction faite de toute difficulté relative à une méconnaissance du formalisme prescrit qui serait constitutive, à elle seule, de fraude à la loi, il s'agit de savoir si l'engagement que prend le porte-fort au sujet de la ratification ultérieure d'une tierce personne est, en soi, licite. Dans le souci légitime d'entourer la formation des contrats de la plus grande liberté, ne doit-on pas considérer comme contraire à l'ordre public, la convention à laquelle donne lieu le consentement même d'une personne à un acte donné ?

Le débat présente une acuité particulière, si l'on adopte le système classique, d'après lequel le porte-fort assume une obligation de faire ; selon cette conception, en effet, le promettant est tenu de « rapporter la signature » de celui pour le compte duquel il a agi. L'obligation qu'il a souscrite a pour *objet une déclaration de volonté* émanant d'une personne dési-

(1) JOSSEMAND, *op. cit.*, n° 188.

gnée. On peut, dès lors, se demander s'il est permis qu'une activité juridique soit orientée vers un tel but. Si encore le porte-fort n'était astreint qu'à tenter des démarches auprès de la personne dont la ratification est en jeu, la licéité de l'opération ne soulèverait pas de doute sérieux, mais, on admet communément, nous l'avons noté (1), que le porte-fort n'est complètement libéré que s'il procure à son co-contractant la ratification elle-même. Pour se dégager du lien obligatoire qu'il s'est imposé, il doit obtenir le consentement d'un tiers. L'indépendance juridique des individus risque ainsi de souffrir une grave atteinte : une volonté qui ne devrait se manifester qu'en pleine autonomie se voit sollicitée dans tel ou tel sens, pour permettre au déclarant d'une autre volonté d'éviter la responsabilité qu'il encourt. Une telle intervention du porte-fort dans un domaine où il se heurte au droit d'incontestable souveraineté d'une tierce personne ne doit-elle pas être qualifiée de reprehensible ? Peut-on admettre, comme conforme aux principes de notre organisation juridique, ce pacte qui astreint un contractant à provoquer, dans son propre intérêt, une approbation que le tiers intéressé repousserait peut-être, s'il jouissait d'une extrême liberté de décision, et s'il pouvait, en toute objectivité, apprécier le côté avantageux ou non, de l'opération proposée, sans égard aux répercussions possibles d'un refus ?

Si l'on s'en tient à l'explication que nous avons adoptée quant à la nature juridique de la promesse de porte-fort ; si celle-ci s'analyse en une obligation conditionnelle de donner l'objection tirée de l'illicéité possible de la convention perd apparemment de sa gravité : l'objet de l'obligation, en effet, n'est plus alors le consentement même d'une tierce personne, mais l'indemnité qui sera due, si ce consentement ne se produit pas. Cependant, il ne faut pas perdre de vue, même à l'intérieur de cette seconde théorie, que si le contenu même de l'obligation est irréfutable, il n'en reste pas moins que, pratiquement,

(1) V. *supra*, n° 12.

le porte-fort est toujours amené à déployer ses moyens de persuasion, et, au besoin, ses manœuvres, auprès d'une tierce personne, pour que le droit à indemnité ne prenne pas naissance. Dans ces conditions, le problème de la licéité de la promesse subsiste toujours.

Il ne comporte pas, à notre avis, de réelles difficultés, car c'est la loi elle-même qui apporte la plus nette des solutions : le procédé technique qui consiste à souscrire un engagement à raison de la ratification qu'une tierce personne doit donner, est licite en soi, car le Code civil, par l'article 1120, l'autorise. (« Néanmoins, on *peut* se porter fort pour un tiers... »)

En dépit des dangers d'altération des volontés contractuelles, le législateur a reconnu la validité d'une convention conclue à propos d'une décision que doit prendre une tierce personne. Et il n'a même pas besoin d'être justifié ; le droit n'est pas une algèbre, les rapports juridiques ne sont pas des équations (1), ni les contractants de pures entités, d'où émaneraient des volontés également fortes et soustraites à des influences extérieures. Dans le milieu social où elles vivent, les personnes subissent, lorsqu'elles contractent, la pesée de toutes les forces auxquelles elles sont soumises (2). Rien donc n'est plus normal que la faculté que l'on accorde à celui qui agit sans pouvoirs au nom d'un tiers, de garantir la ratification de ce tiers. La décision de l'in-

(1) RIPERT, *op. cit.*, n° 2 : « Lorsqu'il s'agit de régler les effets légaux des volontés et des activités... peut-on sur un idéal assez vague ou des nécessités économiques, bâtir des constructions juridiques abstraites, puis s'amuser à inscrire des équations de rapports juridiques et à les transformer ? »

(2) Cf. GOUNOT, *op. cit.*, p. 326 : « A la base de toute théorie du droit, il faut donc placer l'homme social, seul réel, non l'individu abstrait et isolé, le Robinson. Des hommes naturellement en communauté, solidaires par la similitude de leurs besoins, la réciprocité des services rendus et l'inévitable interdépendance de leurs activités, qui vivent d'une vie individuelle propre, tout en faisant partie du même tout organique... ; voilà, dans sa vivante et nécessaire complexité, la réalité primordiale, la donnée fondamentale que juristes et sociologues doivent toujours avoir devant les yeux ».

téressé pourra certes être le résultat d'une sollicitation pressante du promettant. Mais il en va de l'approbation donnée dans de telles conditions, comme de toutes les décisions, qui, théoriquement libres, sont prises, en réalité, sous l'empire de nécessités d'ordre moral. Il suffit que cette liberté théorique soit assurée. L'héritier, qui, par sentiment d'honneur, accepte une succession grevée d'un lourd passif, cède indiscutablement à la contrainte d'un devoir. Son acceptation n'en est pas moins juridiquement irréprochable. De même que le tiers représenté, pour lequel on s'est porté fort, peut refuser la ratification, de même l'héritier trouve dans la loi les moyens techniques d'éviter les charges qu'il assume. Le principe de l'indépendance juridique des personnes est suffisamment sauvegardé, dès lors que la loi a mis à la disposition des intéressés, les procédés qui leur eussent permis d'échapper aux conséquences de l'activité contractuelle des autres. La ratification donnée par le tiers représenté ne serait sujette à critique que si la déclaration de volonté du ratifiant était entachée de violence (1). Une telle hypothèse est parfaitement concevable, mais alors ce ne serait plus la notion d'illicéité qui serait en jeu.

151. — Est-ce à dire que l'opération conclue par un porte-fort soit toujours exempte d'illicéité ? Il serait inexact de l'affirmer.

Tout d'abord, il faut envisager le cas où le contrat pour autrui, assorti de la promesse de porte-fort, est, par l'objet des obligations qu'il engendre, illicite ou immoral. Aucune indemnité ne saurait naître au profit du stipulant à raison du défaut de parachèvement d'un contrat, qui serait contraire à l'ordre

(1) Nous avons signalé plus haut (n° 69, p. 143, note 2) les manœuvres de chantage auxquelles pouvait donner lieu une « clause pénale » trop habilement rédigée. Et nous avons proposé le moyen technique qui nous paraissait susceptible de frapper d'inhibition des agissements aussi répréhensibles.

public et qui constituerait une atteinte aux bonnes mœurs. Et la promesse serait nulle, pour cause illicite (1).

D'autre part, il est une hypothèse où les conditions mêmes de l'emploi de la promesse de porte-fort, nous semblent donner à l'ensemble de l'opération réalisée, un caractère illicite : elle nous est fournie par l'étude particulière que nous avons faite des partages d'ascendant. Dans deux espèces jurisprudentielles différentes (2), on a pu voir que la promesse de porte-fort était donnée pour des personnes atteintes de débilité mentale, dont il était sûr qu'elles ne pourraient jamais manifester une volonté valable. Quels qu'aient été les mobiles inspireurs d'une telle manière d'opérer, le partage d'ascendant, passé dans de telles conditions, nous semble enfreindre, selon nous, l'ordre public, en ce qu'il contient, en réalité, un pacte sur succession future. Toute l'économie du contrat nous paraît reposer, en effet, sur la prévision de la situation que ne manquera pas de provoquer le décès de celui pour lequel on s'est porté fort. Dans la certitude où ils sont que l'ordre successoral ne sera pas modifié par le fait de celui que son « inaptitude » exclut à tout jamais de la scène du droit, les héritiers présomptifs établissent leurs conventions comme si « l'inapte » n'existait pas. Abstraction faite des intentions qui animent les parties, la promesse de porte-fort qui a pour but d'étayer un tel partage d'ascendant, ne nous paraît pas licite, malgré l'affirmation contraire de la Cour de cassation (3).

Il faut d'ailleurs, à notre sens, généraliser la remarque que nous ont amené à formuler les deux espèces particulières qui viennent d'être signalées. La promesse de porte-fort court le risque d'être taxée d'illicéité, chaque fois qu'elle n'implique pas

(1) Bien entendu, la question de licéité peut se poser, lorsque la promesse de porte-fort est une convention indépendante : il en est ainsi lorsque le fait du tiers, à raison duquel la promesse est donnée, est illicite. Cf. Douai, 3 déc. 1912. S. 1914.2.218, note Roux.

(2) Cass. req., 5 nov. 1877. D. 78.1.372. — Cass. civ., 28 déc. 1926, D. 1930.1.73.

(3) Cass. civ., 26 déc. 1926, précité.

la réalisation des conditions juridiques qui permettront un jour la ratification. Promettre qu'un faible d'esprit, ou un fou dont la guérison est absolument improbable, ratifieront un contrat passé pour leur compte, c'est, en réalité, promettre le néant. Si l'engagement du porte-fort est donné, les parties ne croient pas à son efficacité. L'analyse de l'opération fait apercevoir le calcul des contractants : par hypothèse, ils sont, ou du moins certains d'entre eux, les héritiers présomptifs de celui qui ne peut valablement agir. En tant que futurs ayants-cause, à titre universel, du tiers irrégulièrement représenté, ils savent qu'ils ont pratiquement en leur pouvoir exclusif, le sort de l'opération. Dans ces conditions, le moyen de protection que le tiers représenté trouve normalement dans la possibilité de refuser la ratification, n'existe plus ; « l'inapte » ne pourra élever pratiquement aucune contestation, et ses futurs héritiers, en se portant forts d'une ratification qui n'aura jamais lieu, établissent leurs conventions, en considération d'une succession qui n'est pas encore ouverte. Dans la mesure où elle favoriserait l'aboutissement d'une semblable combinaison, la promesse de porte-fort nous semble devoir échapper difficilement au reproche d'illécéité.

CONCLUSION

152. Du contrat pour autrui avec promesse de porte-fort dans la pratique contemporaine. — 153. Dans quels cas il est opportun et utile de recourir à son emploi. — 154. Nécessité, en raison du silence de la loi et des incertitudes de la jurisprudence, de régler à l'avance, par des conventions précises, les difficultés auxquelles le contrat peut donner lieu. Avant-projet de formules. — 155. Tendances que la présente étude permet de discerner dans l'évolution de notre droit positif : antagonisme des volontés contractuelles et du formalisme. Interdépendance des diverses activités juridiques.

152. — En manière de conclusion, nous voudrions consigner un certain nombre d'observations que nous a suggérées cette étude, si abondante en problèmes, du contrat pour autrui assorti de la promesse de porte-fort.

Une première constatation nous semble s'imposer avec une réelle force d'évidence : l'institution de la promesse de porte-fort est en régression. Indice qui ne trompe pas : au fur et à mesure que l'on se rapproche de l'époque contemporaine, les recueils de jurisprudence contiennent, sur notre sujet, des espèces de moins en moins nombreuses. Le secret professionnel derrière lequel s'abrite la vie notariale ne permet pas de connaître, même avec approximation, la fréquence des actes authentiques où intervient un porte-fort. Mais il est constant que les notaires éprouvent une répugnance de plus en plus marquée à l'emploi d'un procédé technique qui n'assure pas au contrat une perfection immédiate. L'aggravation continuelle de leur responsabilité les incite à une prudence toujours plus grande. Ils se trouvent ainsi amenés à déconseiller à leurs clients l'adoption de conven-

tions que l'aléa d'une ratification subséquente laisse indéniablement fragiles et précaires. C'est même, à n'en pas douter, l'attitude réservée, voire défiante, du notariat à l'égard du contrat assorti d'une promesse de porte-fort, qui est à l'origine du déclin que nous signalons.

153. — Cette sorte de condamnation que la pratique a prononcée contre une institution juridique, est-elle justifiée? Seule, à notre avis, une réponse aussi nuancée que possible est susceptible de convenir.

On ne saurait proposer la promesse de porte-fort comme une panacée capable de remédier, en toute hypothèse, au formalisme coûteux que le législateur a organisé, en vue de la protection des incapables. Certains contrats sont, par leur contexture même, rebelles à l'intervention d'un représentant non habilité. D'autre part, le commerce juridique a besoin de sécurité, et si la ratification d'un contrat ne peut être envisagée qu'à une échéance lointaine, il y a d'indéniables inconvénients à laisser se prolonger des situations juridiques incertaines qui peuvent être bouleversées par le simple refus d'une personne de s'approprier l'opération passée pour son compte. On ne saurait raisonnablement conseiller, par exemple, le partage amiable, avec porte-fort, d'une indivision où serait intéressé un mineur en bas âge.

L'opportunité d'un contrat pour autrui avec promesse de porte-fort, ne peut être envisagée, à notre avis, que si un certain nombre de conditions sont réunies : consensualisme de l'acte projeté, de manière que la déclaration de volonté du représentant sans pouvoirs soit pourvue du maximum d'efficacité ; proximité, avec certitude morale, de la ratification (pour la raison indiquée plus haut), et aussi respect jaloux des droits de la personne pour le compte de laquelle le porte-fort agit, de manière que les chances de ratification soient aussi grandes que possible. On pourrait ajouter encore : large solvabilité de celui qui assume un engagement indemnitaire. Lors même que la

probabilité de l'approbation de l'intéressé équivaldrait à une quasi-certitude, il ne faut pas oublier que malgré tout, l'opération comporte des risques, et celui qui prend ces risques à sa charge doit être en mesure, le cas échéant, de désintéresser son créancier. Dans ces limites, et sous ces réserves, la promesse de porte-fort, en tant que procédé simplificateur et peu onéreux, est capable de rendre dans la pratique de très réels services.

Cependant, les exigences de fond que nous venons d'énoncer, ne nous paraissent pas être les seules : il s'y ajoute des exigences de forme. De l'analyse à laquelle nous nous sommes livré, il résulte que la promesse pour autrui, donnée à propos d'une ratification ultérieure est un pacte adjoint à un contrat principal. Et une telle conception nous semble devoir exercer son influence sur la rédaction même des conventions. Pour qui connaît la minutie extrême, le souci du détail que les notaires apportent dans l'établissement de leurs actes, le laconisme habituel de la clause de porte-fort est un sujet d'étonnement. On se contente le plus souvent de noter que « M. X... agit au nom et comme se portant fort de la ratification de M. Y... ». En ce qui concerne toutes les difficultés qui pourraient survenir par la suite, on se réfère à la jurisprudence, puisque la loi elle-même est muette à cet égard. Il y a lieu de penser que c'est nettement insuffisant. Le moins que l'on puisse dire de la jurisprudence en notre matière, c'est qu'elle ne fournit pas sur tous les points des solutions concordantes et certaines. Pourquoi, dès lors, les contractants eux-mêmes ne se préoccuperaient-ils pas de régler conventionnellement, à l'avance, les situations d'où une contestation pourrait naître ? Ainsi mise en œuvre, l'institution du contrat pour autrui assorti de la clause de porte-fort, se dépouillerait en grande partie des incertitudes qui l'ont discréditée auprès des praticiens.

154. — Pour notre part, nous envisagerions deux séries de clauses dont le schéma pourrait être tracé ainsi qu'il suit :

1^o La première série de ces clauses s'appliquerait au contrat

lui-même et serait inspiré par le souci de trancher, comme l'entendraient les parties elles-mêmes, les controverses qui pourraient surgir et que nous avons abordées au cours de cette étude ;

a) Il conviendrait tout d'abord de réglementer les conditions de la ratification : dans quel délai devra-t-elle survenir ? Comment sera notifié le contrat au tiers intéressé ? Comment et sous quelle forme se manifesterá son approbation ? (1)

b) En second lieu, il y aurait lieu de prévoir le sort du contrat en cas de non-ratification : le contrat sera-t-il anéanti, ou bien le représentant porte-fort, agissant conditionnellement pour son propre compte, aura-t-il le droit, le cas échéant, de se l'approprier ? Dans l'hypothèse où le porte-fort aurait un intérêt propre dans le contrat, celui-ci devra-t-il disparaître dans son intégralité si la ratification n'est pas acquise ? Dans le cas d'une vente de biens indivis par exemple, faudra-t-il considérer comme non avenue, à la suite de la non-réalisation d'une condition suspensive de ratification, la cession de la propre quote-part que peut posséder le porte-fort ? (2)

c) Enfin, il faudrait prévoir l'hypothèse où le tiers représenté se trouverait, au moment de la ratification, dans l'impossibilité de donner son approbation : quel sort sera alors réservé au contrat ?

2° La seconde série des clauses dont nous suggérons l'élaboration composerait, dans son ensemble, ce pacte adjoint que constitue, à proprement parler, la promesse de porte-fort.

a) On pourrait y fixer (pour éliminer dans la mesure du pos-

(1) Avant même que cette ratification soit possible, le problème de la révocation du contrat par *mutuus dissensus* des contractants peut se poser. Sur l'opportunité d'une clause qui réserve expressément aux parties ce droit de révocation ; cf. *supra*, n° 33, p. 78, note 1.

(2) Sur les avantages d'ordre fiscal, attachés à l'insertion d'une clause qui subordonne le sort du contrat pour autrui à la réalisation d'une condition suspensive de ratification, v. *supra*, n° 80, p. 169, note 3.

sible (1) les contestations éventuelles sur ce point) l'indemnité dont le porte-fort serait redevable, le cas échéant.

b) Et surtout on devrait préciser l'étendue des risques assumés par le porte-fort : sera-t-il tenu de verser une indemnité, par le seul fait que la ratification n'a pas lieu, et quelle que soit la cause du défaut de ratification ? Ou bien ne sera-t-il obligé que dans le cas bien défini où le tiers représenté refusera son approbation ?

On retrouve, dans cette sorte d'avant-projet de formules, un grand nombre des points litigieux que nous avons rencontrés. Lorsqu'elle a eu à en connaître, la jurisprudence a tout naturellement procédé à une recherche des intentions des contractants. Il serait infiniment préférable, à notre avis, que ces intentions fussent précisées dans le contrat lui-même. On ne peut se flatter évidemment de régler à l'avance toutes les hypothèses. Mais, dans une matière où tant d'aléas entrent en jeu, il nous semble rationnel de chercher à calculer les incidences du plus grand nombre possible d'entre eux.

155. — Se prolongeant dans la pratique par de tels procédés d'application, la conception que nous venons d'exposer de la fonction de la promesse de porte-fort, permettrait-elle d'entrevoir un avenir fécond pour l'institution qui fait l'objet du présent travail ? Il faudrait se garder, selon nous, de prévisions trop optimistes. Quelques précautions que l'on prenne, le contrat pour autrui, même accompagné de la garantie d'un engagement indemnitaire, restera toujours marqué de ce signe d'incertitude dont s'accommode mal le commerce juridique : dans son état d'inachèvement, il inspire une compréhensible défiance. En présence des besoins de stabilité et de sécurité qui se manifestent dans la vie du droit, il ne saurait prétendre qu'à un rôle modeste (d'une modestie du reste qui n'exclut pas l'utilité).

(1) Sur la relativité des effets d'une fixation forfaitaire de l'indemnité, v. *supra*, n° 69.

Qu'on ne voie pas cependant, dans ce qui ne veut être qu'une constatation dictée par un souci d'objectivité, le reflet du regret d'avoir orienté de patientes recherches vers un tel sujet. Rien ne serait plus opposé à notre manière de voir. Si la pratique semble le délaisser (en formulant d'ailleurs une condamnation beaucoup trop absolue pour être justifiée pleinement) le contrat pour autrui avec promesse de porte-fort nous paraît offrir, au regard des principes juridiques, une matière singulièrement vivante et instructive. En se consacrant à son examen, on assiste à un épisode curieux de la lutte incessante et infiniment variée que mènent les volontés autonomes contre le formalisme. Et si l'on considère les choses de ce point de vue, on ne manque pas de trouver un indéniable intérêt dans cette intervention d'un représentant non habilité qui s'efforce, par la dation d'une garantie personnelle, de remédier à son absence de pouvoirs afin de réaliser, malgré tous les obstacles, un contrat donné. Voici, d'une part, un ensemble de dispositions légales dont l'observation scrupuleuse est la condition d'un certain résultat envisagé. Voici, d'autre part, une volonté, impatiente d'une règle gênante qui, pour certaines raisons, entend parvenir au but qu'elle s'assigne, sans se plier aux formes qu'on lui impose. Elle a en vue les intérêts d'un tiers et elle entend faire naître un effet de droit dans le patrimoine de ce tiers, sans suivre le processus légal. Bien que démunie d'habilitation, elle se rencontre avec une autre volonté. Et, selon la conception que nous avons proposée, un véritable contrat prend naissance. Que le tiers représenté approuve ce qui a été ainsi fait pour son compte et l'opération cherchée aura été réalisée. Pour que le formalisme s'assure un avantage incontestable, il faut qu'il se renforce : il faut qu'il s'applique à la manifestation de volonté elle-même. C'est alors que le représentant sans pouvoirs est désarmé et ne peut rien créer. Encore avons-nous vu la jurisprudence maintenir une donation-partage, contrat régi par un formalisme étroit, alors que tous les consentements n'avaient pas été régulièrement donnés.

Et si, par delà ces apparences, on s'efforce de scruter les mobiles animateurs de ces volontés qui s'opposent aux prescriptions de la loi, on est amené à constater que, bien souvent, une telle résistance est fondée. Comme la promesse de porte-fort est donnée le plus souvent pour des mineurs, on ne peut s'empêcher de remarquer que les mesures organisées par le Code doivent être bien mal appropriées à leur fin. pour que des tuteurs assument, en prenant un engagement indemnitaire, les risques d'une façon de procéder, plus aléatoire certes, mais plus expéditive et moins onéreuse pour le mineur. Et ainsi ce que l'on peut entrevoir derrière l'agissement d'un porte-fort, c'est la nécessité de simplifier et d'alléger, sur de nombreux points, les règles et les conditions de la gestion des biens des incapables.

Par ailleurs, si l'on mesure les conséquences immédiates du contrat qu'un représentant sans pouvoirs passe pour le compte d'une tierce personne, on est naturellement conduit à envisager, en fonction même des tendances certaines du Code civil, le principe de l'indépendance juridique des personnes. Aucun doute à cet égard n'est permis : le Code civil est imprégné d'un profond esprit individualiste. Une telle affirmation est même devenue un lieu commun. Or, sous le couvert des dispositions édictées par le législateur de 1804, on peut voir une personne, n'ayant reçu aucune mission ni habilitation, conclure un contrat au nom et pour le compte d'une autre. Sans doute, et nous l'avons noté, l'intéressé aura à donner son consentement et il lui est loisible, théoriquement du moins, de ne pas le donner. Il n'empêche qu'il y a ici pénétration, sans permission préalable, d'une activité contractuelle dans une sphère qui n'est pas la sienne propre. Sans avoir rien fait, une personne aura vu, par le fait d'une autre, se modifier sa situation juridique puisqu'elle aura à dire si elle *refuse*, ou non, le contrat qu'on lui propose de s'approprier. Et bien souvent, la considération des conséquences que ce refus entraînerait pour le porte-fort l'incitera à faire sienne une opération que, de sa propre initiative,

elle n'eut peut-être pas entreprise. Si, en raison de la liberté théorique de détermination de celui qui est appelé à ratifier, la conception légale de l'autonomie de chaque personne à l'intérieur de son patrimoine reste sauve, elle n'en reçoit pas moins, dans l'ordre des faits, une indéniable atteinte.

Antagonisme des volontés contractuelles et du formalisme, interdépendance des activités juridiques qui tend à diminuer la portée du principe de la relativité des conventions : telles sont les questions qui constituent une sorte de fond de tableau à nos développements. Leur ampleur même sera la meilleure justification de l'intérêt très vif que nous déclarons avoir pris à cette étude, si elle manifeste en même temps la témérité de notre choix.

Vu : le Président de la thèse,
B. PERREAU.

Vu : le Doyen,
HENRY NÉZARD.

Vu et permis d'imprimer :
Pour le Recteur :
Le Doyen délégué,
BARBEAU.

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES GÉNÉRAUX

- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 5^e éd., t. II (Paris, 1897-1902) ; t. III (Paris, 1900-1902) ; t. IV (Paris, 1902) ; t. V (Paris, 1907), revus par RAU et FALCIMAIGNE, t. VI (Paris, 1920) ; t. VII (Paris 1913) ; t. X (Paris, 1918), revus par BARTIN.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — *Traité théorique et pratique de droit civil*.
T. VII à IX. — *Des successions*, avec la collaboration d'Albert WAHL (3^e éd., Paris, 1905).
T. X et t. XI. — *Des donations entre vifs et des testaments*, avec la collaboration de Maurice COLIN (3^e éd. Paris, 1905).
T. XII à XV. — *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, avec la collaboration de L. BARDE (3^e éd. Paris, 1907-1908).
T. XVI à XVIII. — *Du contrat de mariage*, avec la collaboration de J. LE COURTOIS et F. SURVILLE (3^e éd. Paris, 1906).
T. XIX. — *De la vente*, avec la collaboration de L. SAIGNAT (3^e éd. Paris, 1907).
T. XXV à XXVII. — *Du nantissement et des privilèges, hypothèques et de l'expropriation forcée*, avec la collaboration de P. DE LOYNES (3^e éd. Paris, 1906).
- BEUDANT. — *Cours de droit civil français*, t. II. Les contrats et les obligations (Paris, 1906).
- BONNECASE. — Supplément au *Traité théorique et pratique de droit civil* de BAUDRY-LACANTINERIE, t. IV (Paris, 1928).
- BUFNOIR. — *Propriété et contrat* (2^e éd. Paris, 1924).
- CHIRONI. — *Istituzioni di diritto civile italiano*, t. I (Turin, 1888).
- Code civil espagnol*. — Traduction par LE PELLEY (Paris, 1932).
- Code civil allemand*. — Traduction publiée par le Comité de Législation étrangère, t. I (Paris, 1904).
- COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de droit civil français* (7^e éd. 3 vol., 1931-1932).

- DELAMARRE et LE POITVIN. — *Traité théorique et pratique de droit commercial*, t. II (Paris, 1861).
- DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. — *Cours élémentaire de Code Civil*, t. III et V (Paris, 1883-1885).
- DEMOGUE. — *Traité des obligations en général* (6 vol. parus, 1923-1932).
- DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon*, t. VII (6^e éd., Paris 1880) ; t. XX (6^e éd., Paris, 1878) ; t. XXIV (5^e éd., Paris, 1880) ; t. XXIX (5^e éd., Paris, s. d.) ; t. XXX (5^e éd., Paris, s. d.).
- DOMAT. — *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. I (éd. Héricourt, 1777).
- FURGOLE. — *Œuvres*, t. I (Toulouse, 1761).
- GUILLOUARD. — *Traité de la vente et de l'échange* (3^e éd. Paris, 1902-1904).
- HÉMARD. — *Traité théorique et pratique des assurances terrestres*, t. I (Paris, 1924).
- HOUPIN et BOSVIEUX. — *Traité général théorique et pratique des Sociétés civiles et commerciales et des Associations*, t. I (6^e éd., Paris, 1929).
- JOSSERAND. — *Cours de droit civil positif français*, (t. I, 2^e éd., Paris, 1932 ; t. II, 2^e éd., 1933 ; t. III, 1^{re} éd., 1930).
- LAROMBIÈRE. — *Théorie et pratique des obligations* (3 vol., 2^e éd., Bruxelles, 1862).
- LAURENT. — *Principes de droit civil français* t. X, XII, XV, XVIII, XIX, (5^e éd., Bruxelles, 1893).
- MARCADÉ et PONT. — *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. IV (8^e éd., Paris, 1892).
- MAZEAUD (Henri et Léon). — *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle* (2 vol., Paris, 1931).
- PILON. — *Principes et technique des droits d'Enregistrement* (1 vol. paru, Paris, 1929).
- PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil* (3 vol., 12^e éd., avec la collaboration de G. RIPERT, Paris, 1932).
- PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français* :
- T. I, avec le concours de SAVATIER (Paris, 1925).
 - T. III, avec le concours de Maurice PICARD (Paris, 1925).
 - T. IV, avec le concours de MAURY et VIALLETON (Paris, 1928).
 - T. V, avec le concours de TRASBOT (Paris, 1932).
 - T. VI et VII, avec le concours d'ESMEIN (Paris, 1930-1931).
 - T. VIII et IX, avec le concours de NAST (Paris, 1925-1927).
 - T. X, avec le concours de HAMEL et Bernard PERREAU (Paris, 1932).
 - T. XI, avec le concours de ROUAST, SAVATIER et LÉPARGNEUR (Paris, 1932).
 - T. XII et XIII, avec le concours de BECQUÉ (Paris, 1927-1930).
- POTHIER. — *Traité des obligations*, t. I (éd. Bernardi, Paris, 1813).

TROPLONG. — *Le droit civil expliqué :*

Du contrat de mariage (4 vol., Paris, 1857).

De la vente (5^e éd., 2 vol., Paris, 1856).

VIVANTE. — *Traité de droit commercial*, traduction par Jean ESCARRA, t. IV, Les obligations (Paris, 1912).

WAHL. — *Traité de droit fiscal*, t. I, Enregistrement (Paris, 1920).

II. — OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, NOTES ET ARTICLES

BELLOMAYRE (de). — *La promesse de porte-fort* (Thèse Paris, 1907).

CAILLARD. — *Le partage judiciaire et les mineurs* (Thèse Toulouse).

CAPITANT. — *L'indivision héréditaire* (Rev. crit., 1924, p. 19 et s. 84 et s.).

CARREZ. — *La gestion d'affaires en droit civil français* (Thèse Lille, 1911).

CORBESCO. — *De la représentation dans les actes juridiques et principalement dans les contrats* (Thèse Paris, 1912).

DESBOIS. — *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française* (Thèse Paris, 1927).

DEVILLENEUVE. — Note s. Limoges, 10 août 1850, S. 52 2.385.

GALLET. — *Etude sur la fiction de rétroactivité dans le droit français* (Thèse Poitiers, 1903).

GARSONNET. — Note s. Civ., 13 déc. 1875, D. P. 76.1.97.

GOUNOT. — *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude de l'individualisme juriaique* (Thèse Dijon, 1912).

HUGUENY (L.). — Note s. Nancy, 26 fév. 1910, S. 1912.2.313.

JAPIOT. — *Des nullités en matière d'actes juridiques* (Thèse Dijon, 1909).

IHERING. — *Œuvres choisies* (Trad. de Meulenaere, Paris, 1893) t. II. (V. de la culpa in contrahendo).

IONASCO. — *La copropriété d'un bien* (Thèse Paris, 1930).

JOSSERAND. — *Essai sur la propriété collective* (Livre du centenaire du Code civil, I, p. 355 et s.).

— *Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé*. Paris, 1928.

— Note s. Lyon, 5 mars 1931, D. P. 1931.2.1.

LABBÉ. — *Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires* (Paris, 1856).

— Note s. Civ., 18 janv. 1870, S. 1870.1.145.

— Note s. Douai, 20 nov. 1870, S. 1872.2.1.

LALOU. — Note s. Civ., 28 déc. 1926, D. P. 1930.1.73.

LAMBERT. — *La stipulation pour autrui* (Thèse Paris, 1893).

- LECOCQ. — *De la fiction comme procédé juridique* (Thèse Paris, 1914).
- LYON-CAEN. — Note s. Civ., 6 nov. 1895, S. 96. 1. 5.
— Note s. Civ., 28 fév. 1894; S. 96. 1. 209.
- MARUITTE. — *La notion juridique de gestion d'affaires* (Thèse Caen, 1930).
- NAQUET. — Note s. Req., 27 juil. 1903, S. 1.904. 1.265.
- PICARD (M.). — *La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine* (Rev. trim. de dr. civ., 1921, p. 419 à 467, 1922, p. 5 à 34).
- PILON. — *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations* (Thèse Caen, 1897).
- PLANIOL. — Note s. Civ., 21 juin 1893, D. P. 94. 1. 201.
— Note s. Poitiers, 9 mars 1893, D. P. 95. 2. 121.
- PONCET. — Note s. Douai, 9 avr. 1900, D. P. 1901. 2. 1.
- POPESCO-RAMNICÉANO. — *De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé* (Thèse Paris, 1927).
- RIPERT. — *La règle morale dans les obligations civiles* (2^e éd., Paris, 1927).
- ROUX. — Note s. Douai, 3 déc. 1912, S. 1914. 2. 218.
- SALEILLES. — *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand* (3^e éd. Paris, 1914).
- SARRUT. — Note s. Civ., 6 nov. 1895, D. P. 97. 1. 27.
- SAVATIER. — *La clause de porte-fort dans la pratique contemporaine* (Rep. gén. prat. du Not. et de l'Enreg., 1928, p. 61 à 69, et p. 100 à 105).
- SIESSE. — *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé* (Thèse Paris, 1922).
- STOLFI (G.). — *La promessa del fatto di un terzo* (Rivista del diritto commerciale del diritto generale delle obbligazioni. Vol. XXV, 1927, 1^{re} partie, p. 203 et s.).
- TAMBOISE. — *De la clause de porte-fort. Essai d'une théorie nouvelle* (Thèse Lille, 1906).
- TISSIER. — Note s. Civ., 21 juin 1893; S. 94. 1. 17.
- VIALLETON. — Note s. Civ., 22 nov. 1926; S. 27. 1. 169.
— Note s. Civ., 28 déc. 1926; S. 28. 1. 273.
- VIGNES. — *Rapports de la gestion d'affaires et de la stipulation pour autrui en droit romain et en droit français* (Thèse Paris, 1892).
- WAHL. — Note s. Poitiers, 9 mars 1893; S. 94. 2. 153.
— Note s. Trib. Emp. Allem., 20 mars 1894; S. 95. 4. 25.
-

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

	Pages
AVANT-PROPOS	I à V

PREMIÈRE PARTIE

De la promesse de porte-fort proprement dite

CHAPITRE I. — Etude descriptive de la promesse de porte-fort et de ses conditions de mise en œuvre.

1. Recherche d'une définition	3
2. Précédents historiques de l'institution. — Pothier.....	4
3. Nécessité d'une distinction entre la promesse de porte fort, convention principale, et la promesse, pacte adjoint à un contrat principal.....	7
4. Analyse du rôle du porte-fort qui passe un contrat pour autrui sans habilitation préalable : il est un gérant d'affaires qui représente le tiers dont la ratification est promise..	8

Section I. — *Lorsqu'il conclut un contrat pour autrui, le porte-fort est un gérant d'affaires*

5. Nécessité de préciser et de nuancer cette notion d'un porte-fort gérant d'affaires	11
6. Il y a dans l'agissement du porte-fort qui conclut un contrat pour autrui tous les éléments d'une gestion d'affaires mais sous condition de ratification. Notion proposée.....	12

Section II. — *Lorsqu'il conclut un contrat pour autrui, le porte-fort est un représentant.*

7. Nécessité de justifier la qualité de représentant reconnue au porte-fort.....	16
--	----

8. La nature juridique de la représentation ne fait pas obstacle à cette reconnaissance	17
9. Non plus que l'étude des conditions de la représentation..	22
10. Le porte-fort est un représentant sous la condition que le contrat qu'il conclut sera ratifié.....	23

CHAPITRE II. — Nature juridique de la promesse de porte-fort.

11. Théorie classique : l'engagement du porte-fort s'analyse en une obligation de faire.....	25
12. Objection tirée du fait que le porte-fort n'est pas tenu d'une obligation de moyen mais d'une obligation de résultat. Impossibilité absolue pour le porte-fort de procurer un résultat qui est le fait du tiers et de lui seul.....	26
13. Impossibilité rationnelle de baser sur une faute contractuelle les prétendus dommages-intérêts dont serait redevable le porte-fort en cas de refus. Nécessité pratique cependant de ne pas limiter le rôle du porte-fort à celui de simple donneur de conseils.....	28
14. Solution proposée : substitution à la notion d'une faute contractuelle, génératrice de dommages-intérêts, de la notion d'un risque contractuel assumé par le porte-fort. Du risque contractuel : analyse de l'opération qui intervient entre le porte-fort et le contractant. Liaison entre l'article 1120 et l'article 1997 C. civ. Promesse de porte-fort : promesse d'indemnisation.....	30
15. Affinité conceptuelle de cette promesse d'indemnisation et du contrat d'assurance de dommages. Véritable caractère de la « clause pénale ».....	32
16. De la promesse de porte-fort entendue <i>lato sensu</i> : contrat aléatoire et indemnitaire.....	34
17. La promesse de porte-fort n'engendre qu'une obligation conditionnelle de donner.....	35
18. La promesse de porte-fort et les contrats de garantie.....	36
19. Parallèle entre la promesse de porte-fort et le cautionnement.....	37
20. Exposé de la théorie suivant laquelle le porte-fort serait présumé cautionner l'obligation que doit assumer le tiers.....	40
21. Discussion de cette théorie.....	41
22. La juxtaposition d'une promesse d'indemnisation et d'un cautionnement conditionnel ne peut résulter que d'une clause insérée dans le contrat.....	43

CHAPITRE III. — De la preuve de la promesse de porte-fort.

23. Deux systèmes : I. Présomption. II. Non présomption. . . . 45
24 Recherche d'une position plus exacte du problème. Distinction proposée : 1^o Cas où la promesse de porte fort est un pacte adjoint à un contrat principal : nécessité d'une intention formellement exprimée : 2^o Cas où la promesse est une convention indépendante : question de savoir si les parties ont réellement entendu contracter. 47

CHAPITRE IV. — De la promesse de porte-fort dans la pratique.

25. Rôle effacé de la promesse de porte-fort, en tant que convention indépendante. 52
26. La promesse de porte-fort est, le plus souvent, faite par un représentant sans pouvoirs qui conclut un contrat pour autrui. Examen de la pratique : qui se porte fort — pour qui. 54
27. Dans quels contrats. 57
28. Capacité du porte-fort représentant. 58
29. Conséquences des enseignements de la pratique, quant à l'orientation de la suite de l'étude. Plan des deuxième et troisième parties. 58

DEUXIÈME PARTIE

**Théorie générale du contrat pour autrui
avec promesse de porte-fort.**

CHAPITRE I. — Valeur juridique du contrat pour autrui
avant la ratification.

30. Position du problème. Son intérêt. 65
31. Les éléments de solution. 67
32. Théorie de l'offre. Les deux formes sous lesquelles elle a été présentée. Son insuffisance. 68
33. Théorie de l'avant-contrat. Son défaut d'adaptation exacte à la situation juridique née de l'accord du co-contractant et du représentant sans pouvoirs. 71
34. La solution ne peut être élaborée que par la mise en œuvre de la conception de la représentation selon laquelle la

volonté du représentant se substitue à la volonté du représenté : c'est la volonté du représentant sans pouvoirs qui par sa rencontre avec celle du co-contractant, forme le contrat. Valeur de ce contrat : il n'est pas parfait, mais virtuel et inopposable au tiers représenté. Il ne peut être révoqué par <i>mutuus dissensus</i> du représentant et du co-contractant.....	79
35. Le contrat virtuel et la théorie des nullités.....	84
36. Hypothèse particulière où le porte-fort est le tuteur de la personne dont la ratification est promise : question de savoir si le contrat conclu ne devra pas être réputé annulable.....	86
37. Les solutions jurisprudentielles du problème : système adopté par la Cour de cassation, système adopté par certaines Cours d'appel dissidentes.....	88
38. Solution proposée : le contrat passé par un tuteur qui représente irrégulièrement le mineur reste dans le cadre de la théorie générale du contrat pour autrui, il est simplement virtuel.....	91
39. Parallèle entre le contrat virtuel et le contrat conditionnel.....	94

CHAPITRE II. — De la ratification. Sa nature. Ses effets.

40. La ratification s'analyse en une collation de pouvoirs, postérieure à la représentation entreprise.....	95
41. Exposé critique de la théorie selon laquelle la ratification doit être assimilée au mandat.....	96
42. Différences entre la ratification et le mandat.....	98
43. Parallèle entre la ratification et la confirmation.....	100
44. Les formes de la ratification.....	102

Section I. — Effets de la ratification sur le contrat lui-même.

45. Transmutation du contrat virtuel en contrat définitif.....	107
46. De la rétroactivité de la ratification. Solution jurisprudentielle.....	108
47. Insuffisance de ses justifications.....	108
48. Comment la théorie générale, précédemment proposée, du contrat pour autrui, postule cette rétroactivité. Au même titre que la confirmation, et parce qu'elle consolide simplement un rapport juridique préexistant, la ratification doit être rétroactive.....	112

49. Solution proposée	114
-----------------------------	-----

*Section II. — Effets de la ratification sur les rapports
entre le porte-fort et le tiers.*

50. Le porte-fort prend définitivement qualité de gérant d'affaires, mais il ne devient, en aucune manière, par l'effet de la ratification, un mandataire.....	116
--	-----

*Section III. — Effets de la ratification sur les rapports du porte-fort
et du co-contractant bénéficiaire de la promesse d'indemnisation.*

51. Effet libératoire de la ratification à l'égard du porte-fort. Les deux explications possibles de cette libération : paiement, selon la théorie classique, disparition du risque contractuel, selon la théorie du contrat indemnitaire.....	117
52. Des conditions de validité que doit remplir la ratification pour qu'elle exonère le porte-fort.....	118

CHAPITRE III. — De la non-ratification. Ses causes. Ses effets.

53. Nécessité d'une classification des causes de non-ratification.	122
54. Le refus de ratifier : formes diverses sous lesquelles il se manifeste. Recherche d'un procédé technique qui provoque une décision du tiers représenté, relativement au contrat.	123
55. L'impossibilité de ratifier : circonstances d'où elle dérive..	126
56. Question préjudicielle de savoir si, dans certains cas, le tiers représenté ne serait pas contraint de subir le contrat.	127
57. Examen critique du système d'après lequel le maître de l'affaire serait tenu dans la mesure de l'utilité de la gestion. Rejet de ce système.....	128
58. Exposé de la théorie suivant laquelle le tiers représenté ne serait pas admis à critiquer le contrat en raison d'une obligation de garantie qu'il aurait recueillie dans la succession du porte-fort et qui aurait son origine de la promesse de porte-fort elle-même.....	128
59. Discussion : la promesse de porte-fort ne saurait être en aucune manière et à elle seule, génératrice de garantie..	129
60. Si l'exception de garantie a pu, dans certains cas, être valablement opposée au tiers représenté, héritier pur et simple du porte-fort, c'est que ce représentant porte-fort était intéressé dans le contrat principal, et à ce titre, tenu à garantie, mais il n'était pas garant en vertu de la promesse d'indemnisation, simple pacte subsidiaire.....	132

Section I. — Effets de la non-ratification sur le contrat lui-même.

- 61. Toute possibilité d'un rapport juridique entre le co-contractant et le tiers disparaît..... 135
- 62. Cas de rétractation d'un refus..... 136

Section II. — Effets de la non-ratification sur les rapports entre le porte-fort et le tiers.

- 63. Le porte-fort et le tiers demeurent étrangers l'un à l'autre. 137

Section III. — Effets de la non-ratification sur les rapports entre le porte-fort et le co-contractant.

- 64. Double origine de ces effets : le contrat principal d'une part, la promesse d'indemnisation d'autre part..... 138
- 65. Restitutions possibles au cas où le contrat, non ratifié, a déjà été exécuté..... 139
- 66. La non-ratification et la promesse de porte-fort : ouverture du droit à indemnité. Fondement de ce droit : le risque contractuel assumé par le porte-fort est réalisé..... 139
- 67. Détermination de l'étendue du risque. Cas d'un refus de ratifier..... 140
- 68. Cas d'une impossibilité de ratifier..... 141
- 69. Bases sur lesquelles doit être calculée l'indemnité. Nécessité d'une application par analogie du principe indemnitaire selon lequel la somme allouée ne peut être supérieure en aucun cas à l'importance du dommage effectivement subi : impossibilité de tenir compte du chiffre inscrit dans une prétendue « clause pénale » s'il dépasse le montant du préjudice..... 141
- 70. Examen de la controverse que soulève la possibilité d'une substitution du porte-fort au tiers dans le rapport contractuel..... 143
- 71. Les théories en présence..... 144
- 72. Nécessité de résoudre ce problème en fonction des principes de la représentation : la substitution peut avoir lieu, mais à condition que le mécanisme en ait été réglé dans le contrat..... 146

CHAPITRE IV. — Du contrat pour autrui envisagé dans le système général des articles 1119, 1120 et 1121 C. civ.

73. L'article 1120 C. civ. n'apporte aucune dérogation au principe que pose l'article 1119 C. civ. en ce qui concerne les promesses pour autrui : le porte-fort n'engage que lui... 150
74. Le droit pour le tiers de s'approprier le contrat ne dérive que de la représentation spontanément entreprise par le porte-fort..... 153
75. Parallèle entre le contrat pour autrui et la stipulation pour autrui 154

TROISIÈME PARTIE

La théorie et les faits.

PRÉAMBULE.

76. Nécessité de confronter avec les faits la théorie proposée. Etablissement de la liste des contrats avec promesse de porte-fort qui seront l'objet d'une étude particulière..... 161

I

Les contrats de type consensuel.

CHAPITRE I. — De la vente d'immeuble avec promesse de porte-fort.

Section I. — Du contrat avant la ratification.

§ 1. — Les caractères de la vente avec promesse de porte-fort.

77. Difficultés dérivant du caractère translatif de la vente... 163
78. Parallèle entre la vente avec promesse de porte-fort et la vente de la chose d'autrui..... 165

§ 2. — Du transfert de la propriété.

79. Antagonisme du personnalisme du droit de propriété et de la puissance de la volonté en matière de transfert de la propriété. Distinction nécessaire..... 167
80. Premier cas : *La chose vendue est la propriété exclusive du tiers pour lequel on s'est porté fort*. La propriété n'est que virtuellement transmise à l'acquéreur..... 169
81. Deuxième cas : *L'immeuble vendu est la propriété indivise du porte-fort et du tiers*. Structure particulière du contrat. Nécessité de mesurer le contenu des droits respectifs des indivisaires 170
82. Exposé de la théorie classique de l'indivision : transformation du droit originaire, incorporé à la chose, en quote-parts abstraites..... 171
83. Analyse des droits effectivement cédés par l'indivisaire qui vend seul la totalité de la chose indivise..... 175
84. Application des données précédemment dégagées au cas particulier de la vente d'un bien indivis par un indivisaire porte-fort. Influence du partage sur la situation juridique créée par la vente..... 177
85. Réponse à la question posée..... 180

§ 3. — Des conséquences d'une prise de possession immédiate de l'immeuble par l'acquéreur.

86. Tendance du contrat vers une exécution immédiate. Droits du propriétaire : action en revendication. Conditions d'exercice de cette action en cas de vente de chose indivise..... 181
87. Problème posé en cas d'exercice de l'action en revendication : l'acquéreur entré prématurément en possession doit-il être réputé de bonne ou de mauvaise foi ? Solution jurisprudentielle. Critique..... 184
88. L'acquéreur et l'usucapion : le contrat conclu avec un porte-fort est-il susceptible de constituer un juste titre ?..... 187

§ 4. — Du paiement du prix.

89. Cas où l'acquéreur s'est obligé à payer le prix aux mains du porte-fort avant la ratification. Exigibilité de cette obligation. Objection tirée de l'article 1653 C. Civ. : réfutation 189
90. De l'exercice de l'action en résolution à défaut du paiement. 191

91. Examen d'une hypothèse particulière où l'acquéreur s'est trouvé en droit de refuser le paiement : acquisition en remploi de deniers dotaux 193

§ 5. — De la transcription du contrat et de l'inscription d'office.

92. Appréciation de l'utilité d'une transcription immédiate du contrat. Renvoi..... 195
93. Problème posé à propos de l'inscription d'office, en cas de transcription..... 197

Section II. — Du contrat après la ratification.

94. Nécessité d'apporter un correctif au principe de la rétroactivité de la ratification..... 198
95. Système jurisprudentiel : application par analogie de l'article 1338 C. civ. 200
96. Système de Labbé..... 200
97. Critique de ce système..... 202
98. Solution proposée : par application de l'article 3 de la loi du 23 mars 1855, nécessité de transcrire la ratification. Opposabilité de la mutation aux tiers à dater de cette transcription..... 204
99. Justification théorique de cette solution..... 205
100. Comment elle est susceptible d'aplanir toute difficulté dans l'ordre pratique..... 207
101. Réponse à la question posée à propos de la transcription.. 208

CHAPITRE II. — Du partage avec promesse de porte-fort.

102. Raisons qui ont déterminé l'emploi de la promesse de porte-fort dans le partage..... 210

§ 1. — PREMIER CAS : Le porte-fort est une personne étrangère à l'indivision.

103. Comment l'article 840 C. civ. vient ici limiter la liberté de l'interprète..... 212
104. L'article 840 C. civ. et les théoriciens de l'école exégétique : le caractère simplement « provisionnel » du partage serait une sanction originale attachée à la violation des formes prescrites, sans lien avec la théorie générale des nullités. 213
105. Solution jurisprudentielle : le partage n'est provisionnel qu'à

l'égard des personnes dont le statut juridique eût exigé l'emploi de formes prédéterminées ; il est définitif à l'égard de toutes les autres. Inconvénients graves de cette interprétation dans l'ordre pratique.....	214
106. Application du système jurisprudentiel au cas particulier d'un partage avec promesse de porte-fort	216
107. Discussion : appel à la notion de gestion d'affaires.....	216
108. Rejet de la théorie selon laquelle le partage avec promesse de porte-fort serait annulable.....	217
109. Solution proposée : le partage dont il s'agit comporte plus qu'une simple répartition des fruits. Il comporte une répartition virtuelle de la propriété.....	220

§ 2. — DEUXIÈME CAS : Le porte-fort est un co-partageant.

110. Comment le fait que le porte-fort est lui-même un co-partageant a permis à la jurisprudence d'avoir recours à la notion de garantie pour maintenir le partage.....	221
111. Recherche du contenu exact et de l'origine de cette « garantie » que l'on invoque : elle ne procède aucunement de la promesse de porte-fort.....	222
112. Objection : nécessité de savoir s'il y a réellement partage, avant de recourir à la notion de garantie.....	224
113. Réponse à l'objection : le co-indivisaire pour lequel les co-partageants se sont réciproquement portés forts a été, en fait, représenté par les dits co-partageants qui se sont institués ses gérants d'affaires.....	226
114. Nouvelle objection tirée de la nature de l'opération qui, pour chaque co-partageant, est un « contrat avec soi-même ». Réfutation. Comment les deux cas successivement examinés sont identiques au fond.....	227

II

Les contrats de type solennel.

CHAPITRE I. — Du contrat de mariage avec promesse de porte-fort.

115. Persistance, pendant la première moitié du XIX ^e siècle, d'une pratique de l'ancien droit qui avait multiplié les interventions de simples portes-forts dans les contrats de mariage : échec inévitable de cette rébellion des habitudes contre le formalisme du C. civ. en cette matière....	229
---	-----

116. Inexistence du contrat de mariage conclu par un porte-fort. 232
117. Impossibilité d'une ratification, au sens technique du mot, même après la dissolution du mariage. Conclusions à tirer de cette étude en vue de la vérification de la théorie précédemment proposée du contrat pour autrui. 233

CHAPITRE II. — Des donations et notamment des partages d'ascendant avec promesse de porte-fort.

118. Multiplicité des obstacles qui s'opposent à l'intervention d'un porte-fort dans les donations. 237
119. Double impossibilité, juridique et psychologique, de se porter fort pour un donateur : a) un simple porte-fort est nécessairement démuné du pouvoir en forme régulière qui est exigé pour passer le contrat — b) il ne lui appartient pas de créer *ex nihilo* un *animus donandi* qui constitue la cause de la donation et qui, même au cas de représentation conventionnelle, reste essentiellement personnel au donateur représenté. 238
120. Inversement, impossibilité pour un porte-fort d'accepter une donation en raison du formalisme qui régit le contrat. 240
121. Correctifs que la jurisprudence impose à ces déductions *a priori*. Emploi de la promesse de porte-fort dans les partages d'ascendant : dans quels cas et pour quelles causes ? . 242

Section I. — Première hypothèse : La promesse de porte-fort émane d'une personne qui n'est pas directement intéressée à l'opération.

122. Analyse d'une espèce jurisprudentielle : arrêt de la Chambre des requêtes du 15 juillet 1889. 243
123. Doctrine qui se dégage de cet arrêt : en raison de son invisibilité le contrat ne se forme pas, tant que toutes les acceptations des donataires ne sont pas réunies. 245
124. Nécessité d'adopter sur ce point, par suite de la réglementation spéciale qui régit la matière, le système de l'offre qui avait été rejeté dans la théorie générale du contrat pour autrui. Conséquences qui en dérivent. 246

Section II. — Deuxième hypothèse : La promesse de porte-fort émane du donateur.

125. Comment rationnellement, une telle manière d'opérer semble encore restreindre les chances de validité du contrat, à raison du dédoublement de personnalité qu'elle implique chez le donateur.....	249
126. Démenti que la jurisprudence oppose à cette conclusion. Nécessité d'une étude détaillée des différentes décisions. Arrêt de la Chambre des requêtes du 5 nov. 1877 : son analyse.....	250
127. Mise en œuvre par la Cour de cassation de la notion de garantie.....	252
128. Observations que suggère l'arrêt précité.....	253
129. Arrêt de la Chambre civile du 20 mars 1905.....	254
130. Arrêt de la Chambre civile du 28 novembre 1926.....	256
131. Observations sur ce dernier arrêt.....	257
132. Distinction proposée en vue de l'examen critique de cette jurisprudence.....	257

§ 1. — Le donateur se porte fort de l'acceptation d'un donataire.

133. Eléments de solution que fournit à cet égard l'arrêt précité du 20 mars 1905 : impossibilité pour les donataires d'attaquer le partage d'ascendant, en raison de l'obligation indivisible de garantie qu'ils ont recueillie dans la succession de leur auteur.....	258
134. Critique de ce système : il ne peut s'agir de garantir l'exécution d'un contrat qui, en réalité, ne s'est pas formé.....	258
135. Cette garantie que l'on invoque ne tire pas son origine de la promesse de porte-fort.....	259
136. Le prétendu contrat n'est en fait qu'une pollicitation, émanant du donateur : effets de la promesse de porte-fort sur cette pollicitation.....	261

§ 2. — Le donateur s'est porté fort de l'abstention d'un descendant omis.

137. Le contrat, dans ce cas, n'est pas inexistant, mais susceptible d'être annulé (art. 1078 C. Civ.). Comment la Cour de cassation, dans ses deux arrêts du 5 novembre 1877 et du 28 novembre 1926, précités, a admis que l'action en nullité fut paralysée par l'exception de garantie.....	262
--	-----

138. Critique de ce système. Conséquences inadmissibles auxquelles il conduit..... 263
139. Comment se justifie, en fait, la jurisprudence de la Cour de cassation dans le cas envisagé 264

Section III. — Troisième hypothèse : La promesse de porte-fort émane des donataires eux-mêmes.

140. L'arrêt de la Chambre civile du 21 juin 1893..... 265
141. Analyse de la note que Planiol a consacrée à cette décision..... 267
142. Examen critique de la solution jurisprudentielle : la réciprocité des promesses que se font mutuellement les donataires porte-forts entraîne leur neutralisation mais n'interdit nullement à chacun d'invoquer l'inexistence d'un contrat qui ne s'est pas formé..... 268
143. Conclusion..... 270

CHAPITRE III. — De la constitution d'hypothèque par un porte-fort.

144. Malgré l'incompatibilité apparente de la solennité du contrat et de l'intervention d'un porte-fort, la Cour de cassation a jugé que le titre générateur du droit hypothécaire « n'est pas l'acte de ratification mais l'acte qui émane du porte-fort » 271
145. Confirmation que cette solution jurisprudentielle apporte à la théorie, précédemment proposée, du contrat pour autrui. 273
146. Raisons pour lesquelles le formalisme du contrat d'hypothèque ne s'oppose pas à la formation immédiate, par un porte-fort, d'un rapport juridique susceptible de ratification ultérieure..... 274

III

Essai d'une synthèse des résultats obtenus.

147. La théorie, précédemment proposée, du contrat pour autrui, et les données jurisprudentielles. En matière de *contrats consensuels* avec promesse de porte-fort : accord des ré-

sultats consacrés par la jurisprudence et de la notion d'un contrat préexistant à la ratification. En matière de *contrats solennels* : impossibilité pour un représentant sans pouvoirs de concourir à l'élaboration d'un rapport de droit, chaque fois que le formalisme s'applique aux déclarations de volontés elles-mêmes..... 278

IV

Du contrat pour autrui avec promesse de porte-fort au double point de vue d'une fraude possible à la loi et de la licéité de l'engagement même du porte-fort.

- 148. Double problème à envisager..... 282
- 149. Le contrat pour autrui avec promesse de porte fort ne comporte pas les éléments constitutifs d'une fraude à la loi..... 283
- 150. Licéité, en général, de la promesse de porte-fort..... 286
- 151. Cas où l'opération conclue par un porte-fort encourt le reproche d'illicéité..... 289

CONCLUSION

- 152. Le contrat pour autrui avec promesse de porte-fort dans la pratique contemporaine..... 292
 - 153. Dans quels cas il est opportun et utile de recourir à son emploi..... 293
 - 154. Nécessité, en raison du silence de la loi et des incertitudes de la jurisprudence, de régler à l'avance par des conventions précises, les difficultés auxquelles le contrat peut donner lieu. Avant-projet de formules..... 294
 - 155. Tendances que la présente étude permet de discerner dans l'évolution de notre droit positif : antagonisme des volontés contractuelles et du formalisme ; interdépendance des diverses activités juridiques..... 296
-

